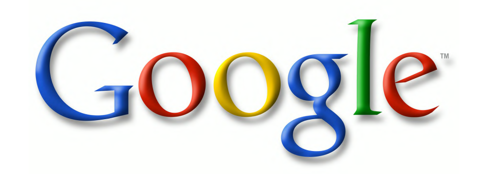
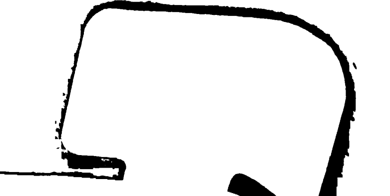










POLAND
GERMANY

# Lehrbuch

des

# Deutschen

# Reichs-Strafprozessrechts.

Von

**Dr. Hans Bennecke †,** weiland o. ö. Professor in Breslau,

und

**Dr. Ernst Beling,** o. ö. Professor in Giessen.

**BRESLAU 1900.**

SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG

(Franck & Weigert)

Inhaber: A. Kurtze.

# VORWORT.

Als **Hans Bennecke** am 4. April 1898 seine Augen schloss, hinterliess er die zweite Auflage seines Strafprozess-Lehrbuchs unvollendet. Sieben Bogen lagen bereits fertig gedruckt vor, weitere $5\frac{1}{2}$ Bogen hatten schon im Satz gestanden, dieser hatte aber wieder auseinander genommen werden müssen, da die schwere todbringende Erkrankung vom Januar 1898 den Verfasser an der Durchsicht der Korrekturbogen hinderte. Nicht allein die Pietät, sondern auch der innere Wert der Arbeit liessen begreiflicherweise den Wunsch entstehen, das Werk trotz des Todes seines Schöpfers zu veröffentlichen. Als deshalb im Sommer 1898 die Angehörigen des Verstorbenen und die Verlagsbuchhandlung mit der Anfrage an mich herantraten, ob ich nicht die Fortführung des Werkes übernehmen wolle, glaubte ich mich dem nicht entziehen zu dürfen, obwohl die zu lösende Aufgabe mich ganz unvorbereitet fand.

Die Fortführung des Werkes hatte ich mir anfänglich so gedacht, dass ich die erste Auflage als Grundlage beibehalten und nur in Einzelheiten Änderungen, Kürzungen und Zusätze in demselben Sinne anbringen wollte, wie **Bennecke** selbst in den ersten $12\frac{1}{2}$ Bogen verfahren war. Ich musste mich aber bald überzeugen, dass solche Neubearbeitung nicht zu einem erwünschten Ergebnis führen konnte. Denn entweder ich beschränkte mich mehr auf die formale Seite, dann war das Buch in dem von mir bearbeiteten Teile in Wahrheit doch nur eine Wiederholung der ersten Auflage; oder ich nahm sachliche Änderungen vor, dann verfälschte ich dadurch den echten Bennecke-

schen Text. Den Ausweg, meine abweichenden Auffassungen in Anmerkungen niederzulegen, zu wählen, war deswegen unmöglich, weil die Abweichungen meiner Auffassung gegenüber der Benneckeschen zum erheblichen Teil Methode und System beeinflussten. So entschloss ich mich, den fehlenden Teil des Werkes von Grund aus neu aufzubauen, wodurch natürlich auch eine Änderung auf dem Titelblatt bedingt war. Es rühren also die Seiten 1—197 ausschliesslich von Bennecke, die Seiten von 201—695 ausschliesslich von mir her. Bei Seite 113—197 beschränkte sich meine Thätigkeit auf eine blosse Durchsicht der Korrektur nach dem Benneckeschen Manuskript.

In der zweiten mit Seite 201 beginnenden Abteilung bin ich durchaus meinem eigenen System gefolgt. Nichtsdestoweniger war ich darauf bedacht, die systematische Einheitlichkeit des Ganzen zu wahren, die ja bei einem Lehrbuch unerlässlich ist. In dieser Hinsicht liess sich die Befolgung meines eigenen Systems um desswillen unschwer ermöglichen, weil die schon vorliegenden ersten Bogen im wesentlichen nur die Lehre von der Strafgerichtsverfassung und die Lehre von den Zwangsmitteln umfassten — Lehren, die sich ohne Beeinträchtigung des Ganzen aus dem Zusammenhange lösen liessen und separate Behandlung vorweg vertrugen. Dass ich inhaltlich nicht durchweg der Benneckeschen auf den Seiten 1—197 vorgetragenen Lehrmeinung beipflichte, und sich deshalb bisweilen in der zweiten Abteilung Ausführungen finden, die denen der ersten Abteilung widersprechen, liess sich nicht vermeiden.

Nach Kräften bin ich bestrebt gewesen, die Besprechungen, die über die 1. Auflage erschienen sind, nutzbar zu machen, in erster Reihe die gehaltvolle Kritik Ötkers in den Göttingischen Gelehrten Anzeigen 1898 S. 602 ff. Aber auch die übrige Literatur habe ich umfassend zu verwerten gesucht, wie ja auch Bennecke selbst schon in der ersten Abteilung der 2. Auflage sich von der Beschränkung, die er sich in der 1. Auflage auferlegt hatte, losgesagt hatte. Im Sinne des heimgegangenen Bennecke habe ich auch gehandelt, wenn ich das Buch von manchem Detail entlastet habe. Soll doch ein Lehrbuch

keineswegs auf alle Fragen Auskunft geben. Worauf es mir ankam, war, feste Konstruktionen und leitende Grundsätze in möglichst geraffter Darstellung und knapper Formulierung und unter strenger Ziehung der logischen Konsequenzen zu geben. Die konstruktiv überaus wichtigen Lehren von dem Prozessgegenstande und von den Prozesshandlungen im allgemeinen haben besondere Berücksichtigung und wie ich glaube stellenweise neue Behandlung erfahren. Inhaltlich ganz neu sind daneben namentlich die §§ 64—67, 69, 137, 138, 153—155. Die Reichs-Militärstrafgerichts-Ordnung vom 1. Dezember 1898 hat in den Anmerkungen Erwähnung gefunden.

In der Natur der Sache lag es, dass ich bedacht sein musste, das Buch mit grösstmöglicher Schnelligkeit zum Abschluss zu bringen, damit sich das zeitliche Zurückliegen der noch von Bennecke selbst herrührenden Bogen nicht allzu stark geltend machte. So mag denn wohl meine Arbeit des öfteren nach Inhalt und Form die Spuren der Eile an sich tragen, wie ich auch wohl weiss, dass die Literatur und Judikatur nicht, wie ich es gewünscht hätte, ganz vollständig herangezogen sind.

Die Register sind von Herrn Referendar Riedinger in Breslau hergestellt worden, dem ich für diese nicht geringe Mühewaltung hierdurch meinen besten Dank sage.

Möge diese 2. Auflage dazu beitragen, das Andenken an Hans Bennecke und die Erkenntlichkeit gegen ihn lebendig zu halten.

Giessen, am zweijährigen Todestage Benneckes,
den 4. April 1900.

**Ernst Beling.**

# Inhaltsübersicht.

## Einleitung.


Erstes Kapitel. Die Grundbegriffe. — Seite

§ 1. Der Begriff des Strafprozessrechts . . . . . . . . . . . . 1
§ 2. Der Begriff des Reichsstrafprozessrechts . . . . . . . . . . 5

Zweites Kapitel. Das Strafprozessrechtsverhältnis.

§ 3. Das Strafprozessrechtsverhältnis und seine Natur . . . . . . . 7
§ 4. Die Prozessvoraussetzungen . . . . . . . . . . . . . . 9
§ 5. Arten und Bedeutung der Prozessvoraussetzungen . . . . . . . 12

Drittes Kapitel. Die Quellen des Reichsstrafprozessrechts und ihre Auslegung.

§ 6. Die Quellen im allgemeinen . . . . . . . . . . . . . . 16
§ 7. Die Reichsprozessgesetze und ihr Verhältnis zu einander und zum Landesprozessrecht . . . . . . . . . . . . . . . . . 18
§ 8. Das zeitliche Herrschaftsgebiet der Reichsstrafprozessgesetze . . . 19
§ 9. Das räumliche Herrschaftsgebiet der Reichsstrafprozessgesetze . . . 21
§ 10. Die Auslegung der Quellen des Reichsstrafprozessrechts . . . . . 24

**Erstes Buch:**
**Die Prozesssubjekte (Strafgerichte und Parteien).**

**Erster Abschnitt: Die Strafgerichtsbarkeit und ihre Träger.**

Erstes Kapitel. Die Gerichtsbarkeit.

§ 11. Begriff und Arten . . . . . . . . . . . . . . . . . 27
§ 12. Die ordentliche Strafgerichtsbarkeit im Reich . . . . . . . . 31
§ 13. Die Ausdehnung der ordentlichen Strafgerichtsbarkeit . . . . . . 34

Zweites Kapitel. Die ordentlichen Strafgerichte als Träger der Gerichtsbarkeit.

A. Ihre innere Verfassung.

§ 14. Die Stellung der Gerichte im allgemeinen . . . . . . . . 42
§ 15. Die gerichtlichen Ämter und Behörden . . . . . . . . . . 44

Seite

§ 16. Die Gerichtspersonen. (Ihre Fähigkeit zum Amt) . . . . . . 48
§ 17. Die Gerichtspersonen. (Ihre Berufung zum Amt) . . . . . . 51
§ 18. Die Gerichtspersonen. (Ihre Ausschliessung und Ablehnung) . . 55
§ 19. Das Ablehnungsverfahren . . . . . . . . . . . . . . 58

B. Die äussere Verfassung der ordentlichen Strafgerichte.

§ 20. Allgemeines . . . . . . . . . . . . . . . . . 62
§ 21. Die Besetzung der Strafgerichte . . . . . . . . . . . 65
§ 22. Die Geschäftsverteilung bei den ordentlichen Gerichten . . . . 70

C Die Zuständigkeit der Gerichte.

§ 23. I. Die Zuständigkeit im allgemeinen . . . . . . . . . . 72
§ 24. II. Die sachliche Zuständigkeit der einzelnen Strafgerichte . . . 75

III. Der Gerichtsstand.

§ 25. Allgemeines . . . . . . . . . . . . . . . . 80
§ 26. Der Gerichtsstand des Thatortes . . . . . . . . . 82
§ 27. Der Gerichtsstand des Wohnsitzes . . . . . . . . . 85
§ 28. Der Gerichtsstand der Ergreifung . . . . . . . . . 87
§ 29. IV. Der Zusammenhang und seine Einwirkung auf den Prozessgang 88
§ 30. Die Einwirkung des Zusammenhangs auf die sachliche Zuständigkeit . . . . . . . . . . . . . . . . . 91

V. Die Bedeutung der Sätze über die Zuständigkeit.

§ 31. Die Bedeutung der Sätze über die sachliche Zuständigkeit . . 94
§ 32. Die Bedeutung der Sätze über den Gerichtsstand . . . . 96

VI. Vorhandensein mehrerer Gerichtsstände, Fehlen eines zuständigen Gerichts.

§ 33. Kompetenzkonkurrenz, Verhinderung des zuständigen Gerichts 101
§ 34. Die Kompetenzkonflikte . . . . . . . . . . . . . 104

VII. Die Rechtshülfe.

§ 35. Die Rechtshülfe der ordentlichen Strafgerichte unter einander . 106

**Zweiter Abschnitt: Die Lehre von den Parteien.**

Erstes Kapitel. Parteien, Parteifähigkeit, Prozessfähigkeit.

§ 36. Der Strafprozess als Parteiprozess . . . . . . . . . . . 110
§ 37. Die Parteifähigkeit . . . . . . . . . . . . . . . . . 113
§ 38. Die Parteien. Der Staat, der Beschuldigte und der Busskläger . . . 117
§ 39. Die Prozessfähigkeit . . . . . . . . . . . . . . . . 120

Zweites Kapitel. Die Vertreter und Gehülfen der Parteien.

A. Die Staatsanwaltschaft und ihre Gehülfen.

§ 40. Die Stellung und Verfassung der Staatsanwaltschaft. Befähigung und Berufung zum Amte . . . . . . . . . . . . 123
§ 41. Die Einheitlichkeit der Staatsanwaltschaft und ihre Zuständigkeit . 126
§ 42. Die Gehülfen der Staatsanwaltschaft . . . . . . . . . . 130

B. Die Gehülfen und Vertreter des Beschuldigten.

I. Der Verteidiger.

§ 43. Der Begriff der Verteidigung und Stellung des Verteidigers im allgemeinen . . . . . . . . . . . . . . . 133

Seite

§ 44. Gewählte und bestellte Verteidiger, notwendige und nicht notwendige Verteidigung, mehrfache und gemeinschaftliche Verteidigung . . . 137
§ 45. Die Fähigkeit zur Führung der Verteidigung . . . 141
§ 46. Zeitpunkt des Beginns und der Beendigung des Verteidigungsverhältnisses . . . 144
§ 47. Die Thätigkeit des Verteidigers im einzelnen . . . 147
§ 48. Die Thätigkeit des Verteidigers (Fortsetzung) . . . 150
§ 49. II. Der gesetzliche Vertreter, der Vertreter und der Beistand des Beschuldigten . . . 153

## Zweites Buch: Die Mittel zur Sicherung der für das Strafverfahren erforderlichen Gegenstände und der Person des Beschuldigten.

§ 50. Allgemeines . . . 158

### Erstes Kapitel. Sicherung der für den Prozess erforderlichen Gegenstände.

A. Editionspflicht und Beschlagnahme.
§ 51. Die Editionspflicht . . . 161
§ 52. Begriff der Beschlagnahme; Zuständigkeit für dieselbe . . . 164
§ 53. Die der Beschlagnahme unterliegenden Gegenstände . . . 168
B. Die Durchsuchung.
§ 54. Ihr Begriff . . . 171
§ 55. Anordnung und Durchführung der Durchsuchung . . . 174

### Zweites Kapitel. Die Sicherung der Person des Beschuldigten.

A. Die Verhaftung.
§ 56. Voraussetzungen; Zuständigkeit zur Haftverhängung . . . 177
§ 57. Die Aufhebung der Verhaftung und der Vollzug der Untersuchungshaft . . . 182
§ 58. Die Befreiung von der Untersuchungshaft gegen Sicherheitsleistung 186
§ 59. B. Sicheres Geleit und Vermögensbeschlagnahme . . . 191
§ 60. C. Vorläufige Festnahme und Steckbriefe . . . 194

## Drittes Buch: Das Verfahren.

### Allgemeiner Teil.

§ 61. Erstes Kapitel. Ziel und Gegenstand des Verfahrens . . . 201

### Zweites Kapitel. Die obersten Grundsätze des Verfahrens.

A. Offizialmaxime, Akkusationsformprinzip, Instruktionsprinzip.
I. Die Offizialmaxime und ihre Ausnahmen.
§ 62. 1. Die Maxime . . . 215

Seite

2. Die Ausnahmen von der Offizialmaxime.
§ 63. a) Im allgemeinen . . . . . . . . . . . . . . 221
b) Strafantrag und Ermächtigung insbesondere.
§ 64. α) Allgemeines . . . . . . . . . . . . . . 222
β) Die Sätze über den Strafantrag im einzelnen.
§ 65. 1) Antragsrecht, Antragsfähigkeit, Antragsinhalt . . 225
§ 66. 2) Antragsfrist und Antragsform . . . . . . . 231
§ 67. 3) Zurücknahme des Antrags . . . . . . . . . 237
§ 68. II. Das Anklageformprinzip . . . . . . . . . . . . . 239
§ 69. III. Das Instruktionsprinzip . . . . . . . . . . . . . 247
§ 70. B. Die Prinzipien der Unmittelbarkeit, Mündlichkeit und Konzentration 249
§ 71. C. Das Prinzip der Öffentlichkeit . . . . . . . . . . . 262
D. Die prinzipielle Stellung der Staatsanwaltschaft und des Beschuldigten.
§ 72. I. Im allgemeinen . . . . . . . . . . . . . . . 270
§ 73. II. Die Stellung der Staatsanwaltschaft insbesondere . . . . 272
§ 74. III. Die Stellung des Beschuldigten . . . . . . . . . . 279

Drittes Kapitel. Die Prozesshandlungen.

A. Allgemeines.
§ 75. I. Der rechtsgeschäftliche Charakter der Prozesshandlungen . . 281
§ 76. II. Form der Prozesshandlungen . . . . . . . . . . . 284
§ 77. III. Wirksamkeit der Prozesshandlungen . . . . . . . . 288
§ 78. IV. Stellvertretung, Widerruf, Verzicht, Vergleich . . . . . . 297
§ 79. V. Die Zeitbestimmungen im Prozess . . . . . . . . 302
§ 80. VI. Der Ort der Prozesshandlungen . . . . . . . . . 308
§ 81. VII. Einteilung der Prozesshandlungen . . . . . . . . . 310
B. Einzelne Prozesshandlungen.
I. Richterliche Handlungen.
1. Untersuchungshandlungen, insbesondere das Beweisrecht.
§ 82. a) Allgemeines, Begriff und Gegenstand des Beweises . . 315
§ 83. Fortsetzung: Präsumtionen, Notorietät, Feststellungen im Vorprozess, Beweisverbote . . . . . . . . . . 321
§ 84. b) Die Beweisthätigkeit . . . . . . . . . . . . . 329
c) Die Beweismittel und ihre Benutzung.
§ 85. α) Im allgemeinen . . . . . . . . . . . . . 333
β) Die einzelnen Beweismittel,
1) Die sächlichen Beweismittel.
§ 86. aa) Wahrnehmungsobjekte . . . . . . . . 335
§ 87. bb) Urkunden . . . . . . . . . . . . 339
2) Die persönlichen Beweismittel.
aa) Zeugen.
§ 88. αα) Begriff, Zulässigkeit des Zeugenbeweises, Zeugnispflicht . . . . . . . . . 342
§ 89. ββ) Ladung der Zeugen, Vernehmung, Vereidigung, Gebühren . . . . . . . 353
§ 90. bb) Sachverständige . . . . . . . . . . . 362
§ 91. cc) Die Parteien . . . . . . . . . . . . 373

Seite

§ 92. d) Die Beweiswürdigung und die Konsequenzen der Beweisfrageentscheidung . . . . . . . . . . . . 375
2. Entscheidungen.
a) Prozesserledigende Entscheidungen.
α) Urteile.
§ 93. 1) Begriff und Voraussetzungen . . . . . . . . 380
§ 94. 2) Das Zustandekommen des Urteils . . . . . . 385
§ 95. 3) Inhalt und Form des Urteils . . . . . . . . 393
§ 96. 4) Herstellung der Urteilsurkunde und deren Bekanntmachung . . . . . . . . . . . . . . . 399
§ 97. 5) Die Abänderbarkeit des Urteils . . . . . . . 403
§ 98. 6) Die Rechtskraft des Urteils . . . . . . . . 405
§ 99. β) Andere prozesserledigende Entscheidungen . . . 418
b) Laufende Entscheidungen.
§ 100. α) Im allgemeinen . . . . . . . . . . . . 425
§ 101. β) Prozessbetrieb, Prozessleitung, Prozesspolizei insbesondere . . . . . . . . . . . . . . . 428
II. Parteihandlungen.
§ 102. 1. Im allgemeinen . . . . . . . . . . . . . . 434
2. Einzelne Arten von Parteihandlungen.
§ 103. a) Ladungen . . . . . . . . . . . . . . . 435
b) Rechtsmittel.
§ 104. α) Im allgemeinen . . . . . . . . . . . . . 437
§ 105. Fortsetzung: Einlegung, Zurücknahme, Verzicht; Arten der Rechtsmittel . . . . . . . . . . . . . . 446
§ 106. β) Die Beschwerde insbesondere . . . . . . . . . 449
§ 107. III. Handlungen der behördlichen Hülfsorgane, insbesondere Zustellung und Protokollierung . . . . . . . . . . . . 453

§ 108. Viertes Kapitel. Die Kosten im Strafprozess . . . . 458

**Besonderer Teil.**

§ 109. Erstes Kapitel: Überblick über den Gang des Verfahrens . 464

Zweites Kapitel. Die einzelnen Verfahrensarten.

A. Das regelmässige Verfahren.
I. Das Vorverfahren.
1. Das Vorverfahren ohne Voruntersuchung.
§ 110. a) Das Ermittelungsverfahren . . . . . . . . . 468
b) Die Entscheidung der Staatsanwaltschaft nach Abschluss des Ermittelungsverfahrens.
§ 111. α) Die Anklage . . . . . . . . . . . . . . 474
§ 112. β) Die staatsanwaltschaftliche Einstellung des Verfahrens und das gerichtliche Klageprüfungsverfahren . . . 481
c) Die Entscheidung des Gerichts über die Anklage.
§ 113. α) Allgemeines . . . . . . . . . . . . . . 487

Seite

β) Die einzelnen Beschlüsse.
§ 114. 1) Die Eröffnung des Hauptverfahrens und die vorläufige Einstellung des Verfahrens nach St.P.O. § 208 . . . 491
§ 115. 2) Einstellungs-, Zwischen- und Nebenbeschlüsse . . 495
§ 116. d) Die Anfechtbarkeit der gerichtlichen Entscheidung . . 498
2. Das Verfahren mit Voruntersuchung.
§ 117. a) Allgemeines . . . . . . . . . . . . . . . . 501
§ 118. b) Der Gang der Voruntersuchung im einzelnen und das darauf folgende Verfahren . . . . . . . . . . . . 507
II. Das Hauptverfahren.
1. Das Hauptverfahren erster Instanz.
§ 119. a) Die Vorbereitung der Hauptverhandlung . . . . . . 511
b) Die Hauptverhandlung.
α) Allgemeines.
§ 120. 1) Charakter der Hauptverhandlung, notwendige Personen, Leitung, Etappen der Hauptverhandlung . 517
§ 121. 2) Die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung und die Schlussvorträge . . . . . . . . . 525
§ 122. 3) Die abschliessende Entscheidung des Gerichts . . 531
β) Die schwurgerichtliche Hauptverhandlung insbesondere
§ 123. 1) Die Bildung der Geschworenenbank und deren Funktionen . . . . . . . . . . . . . . . 539
2) Die Fragestellung an die Geschworenen.
§ 124. aa) Allgemeines . . . . . . . . . . . . . 544
§ 125. bb) Haupt-, Hülfs- und Nebenfrage . . . . . 550
§ 126. 3) Die Parteivorträge an die Geschworenen und die Fragenbeantwortung . . . . . . . . . . 559
§ 127. 4) Die Kundgebung des Spruchs, das Berichtigungsverfahren, die Verkündung des Spruchs . . . 564
§ 128 5) Die Entscheidung des Gerichtshofes . . . . . . 567
2. Das Verfahren in den Rechtsmittelinstanzen.
a) Das Berufungsverfahren.
§ 129. α) Allgemeines; Verfahren bis zur Hauptverhandlung . . 570
§ 130. β) Die Hauptverhandlung in der Berufungsinstanz . . 574
b) Das Revisionsverfahren.
§ 131. α) Allgemeines; Zulässigkeit der Revision; Revisionsgründe . . . . . . . . . . . . . . . . 580
§ 132. β) Verfahren bis zur Hauptverhandlung . . . . . . . 585
§ 133. γ) Die Hauptverhandlung in der Revisionsinstanz; die erneute Hauptverhandlung in erster Instanz . . . 588
III. Das Wiederaufnahmeverfahren.
§ 134. 1. Allgemeines . . . . . . . . . . . . . . . . . 597
§ 135. 2. Verfahren bis zum Wiedereröffnungsbeschluss . . . . . 604
§ 136. 3. Das Wiederaufnahmehauptverfahren . . . . . . . . . 607
§ 137. Anhang 1. Abolitions- und Gnadenverfahren . . . . . . . . 610
§ 138. Anhang 2. Die Entschädigung unschuldig Bestrafter . . . . . 611

Seite

IV. Die Strafvollstreckung.
§ 139. 1. Allgemeines . . . . . . . . . . . . . . . . . . 613
§ 140. 2. Die Vollstreckung der einzelnen Strafarten . . . . . . 622
B. Die besonderen Arten des Verfahrens.
I. Privat- und Nebenklageverfahren.
1. Privat- und Neben-Strafklage.
a) Das Privatklageverfahren.
§ 141. α) Allgemeines; Privatkläger und Staatsanwaltschaft . . 626
§ 142. β) Zuständigkeit; Gang des Verfahrens . . . . . . . 633
§ 143. γ) Beendigung des Verfahrens . . . . . . . . . . 637
§ 144. δ) Widerklage . . . . . . . . . . . . . . . . 641
§ 145. b) Das Nebenklageverfahren . . . . . . . . . . . . 644
§ 146. 2. Die Bussklage . . . . . . . . . . . . . . . . . . 650
II. Das strafprozessuale Mahnverfahren.
§ 147. 1. Allgemeines; Verfahren mit amtsrichterlichem Strafbefehl . 655
§ 148. 2. Verfahren mit polizeilicher Strafverfügung . . . . . . 662
§ 149. 3. Verfahren mit administrativem Strafbescheid . . . . . 668
§ 150. III. Verwaltungsstrafklage und Verwaltungsnebenklage . . . . 672
§ 151. IV. Das Verfahren gegen Abwesende (Absenzverfahren . . . . 674
§ 152. V. Das objektive Verfahren . . . . . . . . . . . . . 679
§ 153. VI. Das Verfahren vor den Konsular- und Kolonialgerichten . . 686
§ 154. Anhang 1. Die wesentlichen Züge aus der Geschichte des Straf-
§ 155. prozessrechts . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . 688
Anhang 2. Die Literatur und Judikatur des Strafprozessrechts . . 695

# Verzeichnis der Abkürzungen.

**D. J.-Z.** = Deutsche Juristenzeitung.

**E.** = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

**G.** oder **G.A.** = Goltdammers Archiv für Strafrecht.

**G.S.** = Gerichtssaal.

H. H. = v. Holtzendorffs Handbuch des Strafprozessrechts.

J. L.-Bl. = Juristisches Literaturblatt.

J.-M.-Bl. = Preussisches Justizministerialblatt.

**M.** = Sammlung von Entscheidungen des Oberlandesgerichts München in Sachen des Strafrechts und Strafprozessrechts.

**R.** = Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen.

**Z.** = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

---

Binding ohne Zusatz
Binding Grdr. } = Binding, Grundriss des Strafprozessrechts (in §§ 1—60 in 3., von da ab in 4. Auflage citiert).

Binding I = Binding, Handbuch des Strafrechts, Bd. I.

Ötker = Ötker in den Göttingischen Gelehrten Anzeigen 1898 S. 602 ff.

Planck ohne beigesetzte römische Ziffer = Planck, Systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens.

Planck mit römischer Ziffer (I, II) = Planck, Lehrbuch des deutschen Reichs-Civilprozessrechts.

---

Die übrigen Abkürzungen erklären sich von selbst.

---

Die angezogenen Paragraphen der C.P.O. beziehen sich in der ersten Abteilung des Buches auf die ältere Fassung der C.P.O.; in der zweiten Abteilung sind die älteren und die jetzigen Paragraphenziffern neben einander herangezogen.

---

## Nachtrag.

Zu § 153 I ist jetzt zu vergleichen das neue Konsulargerichtsbarkeitsgesetz vom 7. April 1900 (R.G.Bl. S. 213).

# Erste Abteilung.

## §§ 1—60.

Von

**Dr. HANS BENNECKE †,**
weiland o. ö. Professor in Breslau.

Zweite Auflage.

# EINLEITUNG.

## Erstes Kapitel.

## Die Grundbegriffe.

### § 1.

### Der Begriff des Strafprozessrechts.

I. a) Ein jedes Verbrechen richtet sich, auch wenn es in erster Linie den einzelnen Menschen verletzt, in letzter Linie gegen den Staat als den Träger des Rechts und der Ordnung. Jedes Verbrechen verletzt staatliche Interessen und lässt für den Staat das Recht entstehen, gegen den Schuldigen strafend vorzugehen[1]). Der Staat erlangt aus der That ein Strafrecht im subjektiven Sinne des Wortes, ein „jus puniendi"[2]). Das Strafrecht im objektiven Sinne[3]) bestimmt, welche Handlungen und Unterlassungen dieses „jus puniendi" entstehen lassen.

b) Wenn eine solche Handlung oder Unterlassung begangen ist, muss festgestellt werden, wer der Thäter gewesen ist, sowie ob und welche Strafe ihn treffen soll[4]).

Zu dieser Thätigkeit beruft der Staat bestimmte Behörden, vor

---

[1]) Vgl. auch Laband II, 344.

[2]) Vgl. auch v. Kries Z. V, 1 ff. Man sagt wohl, der Staat erlange aus der That einen „Strafanspruch"; so auch z. B. Ullmann § 1. Das Wort „Anspruch" ist hier mit Absicht vermieden; es hat einen zu spezifisch civilrechtlichen und civilprozessualen Sinn, als dass man es auf den Strafprozess übertragen könnte. Hier in vielen Punkten a. M. Laband II, 344.

[3]) Vgl. darüber v. Liszt § 1. Über den engen Zusammenhang zwischen dem Strafrecht und dem Strafprozess unten. Beide Rechtsstoffe sind so eng mit einander verwandt, dass eine scharfe Grenze zwischen ihnen oft nur sehr schwer gezogen werden kann. Dass scharfe Abgrenzung von grosser praktischer Bedeutung ist, wird sich noch wiederholt zeigen.

[4]) Vgl. darüber noch unten; aber auch hier schon John II, 123.

allem seine Gerichte[5]). Sie ergreifen jedoch nach dem hier zu behandelnden heutigen deutschen Rechte die Verfolgung des Verbrechers nicht aus eigenem Antriebe, sondern regelmässig erst, wenn sie durch eine bei ihnen erhobene Anklage dazu veranlasst werden[6]).

c) Die Befugnis, das staatliche Strafrecht durch Anklage geltend zu machen, erteilt der Staat grundsätzlich ebenfalls Behörden, vor allem der Staatsanwaltschaft[7]). In einzelnen Fällen kann der durch die strafbare Handlung Verletzte[8]) selbständig klagen, die Privatklage im Gegensatze zur regelmässigen öffentlichen Staatsklage erheben, oder doch sich der erhobenen öffentlichen Klage als Nebenkläger anschliessen[9]).

d) Aber auch der mit der Strafklage Belangte ist keineswegs nur leidender Teil; das Gesetz giebt ihm gegenüber dem Ankläger und dem Gerichte weitgehende Rechte. Er ist nicht blos „Objekt", sondern „Subjekt" des Verfahrens.

e) Das Gericht, der Ankläger und der Beschuldigte werden in der dem Gericht zur Entscheidung vorgetragenen Angelegenheit zusammen thätig. Eine Handlung reiht sich an die andere, in ihrer Gesamtheit haben sie alle das gemeinsame Ziel, den Sachverhalt durch Untersuchung klarzustellen und einen Spruch des Gerichts über das geltend gemachte Strafrecht herbeizuführen; die Handlungskette bildet ein stufenweise sich fortentwickelndes Verfahren.

Diese Kette von **Handlungen** des Gerichts, des Anklägers und des Beschuldigten, dieses Verfahren nennt man einen Strafprozess[10]).

---

5) In bestimmten Fällen haben Polizei- oder Verwaltungsbehörden (§ 453 ff., 459 ff. St.P.O.) Strafe zu verhängen. Aber auch in diesen Fällen ist es in die Hand des Bestraften gegeben, durch seinen Antrag das Strafgericht mit der Sache zu befassen. Vgl. darüber unten.

6) In bestimmten Fällen hat das Gericht schon vor der Klageerhebung auf Grund eines bei ihm gestellten Antrages oder auch ohne solchen sich mit der Strafthat zu beschäftigen; vgl. §§ 160, 163, 189 St.P.O. Es sind dies jedoch nur scheinbare, durch praktische Erwägungen gebotene Abweichungen von der Grundregel. Trotz dieses Eingreifens des Gerichts bleibt die Verfügung über die Klageerhebung in der Hand des auch im regelmässigen Laufe des Verfahrens Berechtigten; ohne Anklage kann ein Prozess gegen den Verdächtigen nicht geführt werden.

7) Bei gewissen Strafthaten ist auch die „Verwaltungsbehörde" d. h. hier nicht die Justizverwaltungsbehörde (die Staatsanwaltschaft) zur Klage befugt; vgl. § 464 St.P.O. und näher unten bei den besonderen Arten des Verfahrens.

8) Oder sein gesetzlicher Vertreter bezw. der nach den Sätzen des St.G.Bs. selbstständig neben dem Verletzten Antragsberechtigte; § 414 St.P.O. und §§ 195, 196 St.G.B.

9) Vgl. § 435 ff St.P.O.

10) Nicht nur „Handlungen der Organe des Staates" machen den Strafprozess



II. Die einzelnen Handlungen sind, was ihre Zulässigkeit, Form, Zeit, Reihenfolge u. s. w. angeht, an bestimmte Regeln geknüpft. Auch die Gesamtheit der **Regeln,** die bei der Erledigung des einzelnen Strafprozesses angewendet werden müssen, nennt man Strafprozess, richtiger **Strafprozessrecht**[11]).

III. Zum Strafprozessrecht rechnet man gewöhnlich auch die strenggenommen in das Staatsrecht[12]) gehörigen Rechtssätze, die sich mit den Strafgerichten beschäftigen, so die Bestimmungen über die Fähigkeiten zum Gerichtsamt, die verschiedenen Gerichtsarten, die Zahl der an den einzelnen Gerichtsbehörden bei der Erledigung der Geschäfte thätigen Richter, den Kreis der von den einzelnen Gerichte zu erledigenden Sachen u. s. w.

Die Gesamtheit dieser auf die Einrichtung der Strafgerichte bezüglichen Regeln nennt man **Strafgerichtsverfassungsrecht.**

IV. Endziel des Strafprozesses ist zwischen den Parteien die Entscheidung über Bestehen und Umfang des klageweise geltend gemachten staatlichen Strafrechts[13]) zu fällen. Der Prozess, das „Verfahren in Strafsachen" schliesst bei normalem Gange der Sache mit der endgiltigen, rechtskräftigen Verurteilung oder Freisprechung des Angeklagten.

Mit diesem Augenblicke schliesst die Thätigkeit der Gerichte grundsätzlich ab. Parteien giebt es nicht mehr. Mit dem Strafvollzuge ist eine Verwaltungsbehörde, die Staatsanwaltschaft, betraut, die gegen den Verurteilten vorgeht[14]). Die Strafvollstreckung folgt

aus, wie Stenglein Lehrbuch § 1 sagt. Ullmann § 1 spricht hier vom „Strafprozess" „im subjektiven Sinne" im Gegensatz zu dem im Text zu II behandelten Strafprozess „im objektiven Sinne". Vgl. auch Stenglein Anm. * zum ersten Buch der St.P.O. Wenn er ausführt, die Handlungen des Angeklagten gehören nur „in gewissem Sinne" zum Strafprozess, seien keine „das Gerippe des Strafprozesses bildenden", so ist das gerade für den normalen Fall des Strafprozesses, d. h. den, in dem der Beschuldigte selbst handelnd auftritt, unrichtig. Ausserdem ist von Stenglein nicht ausgeführt, was denn eigentlich zu dem von ihm angenommenen Skelett gehört, und warum, um in seinem Bilde zu bleiben, die Muskeln u. s. w. nur „in einem gewissen Sinne," zum Prozess gehören.

[11]) Frühere Bezeichnungen sind: Kriminalprozess, processus criminalis, peinliches Verfahren, peinliche Gerichtsordnung u. s. w. Auch die Strafprozesswissenschaft bezeichnet man kurz als Strafprozess. Vgl. auch Glaser I, 5.

[12]) Die Lehr- und Handbücher des Prozessrechts behandeln sie meist nicht eingehend. Vgl. aber Laband II, 332 ff., 387 ff., Ullmann 77 ff.

[13]) Beziehungsweise des geltend gemachten Bussanspruchs; vgl. darüber näher unten.

[14]) Ihre Thätigkeit ist dabei nicht wie die des Gerichts im Prozesse eine „logisch-theoretische, sondern eine praktische"; v. Kries 2. Vgl. auch § 483 St.P.O. Über die

auf den Prozess, nicht gehört sie ihm als Bestandteil an[15]), sie hat Beendigung des Prozesses zur Voraussetzung.

Dem Prozesse geht voraus das sogenannte Ermittelungsverfahren der § 156 ff. St.P.O. Sein Hauptzweck ist festzustellen, ob ein Prozess begonnen werden soll[16]). Auch hier sind keine Parteien vorhanden, ja oft fehlt sogar der Beschuldigte, er soll oft im Ermittelungsverfahren erst gefunden werden. Die Staatsanwaltschaft ist Leiterin und Herrin des Verfahrens. Wenn ein Richter in ihm mitwirkt, so wird er nicht thätig, um über das Bestehen eines Strafrechts zu entscheiden, sondern ist Gehilfe der Staatsanwaltschaft[17]).

Strafvollstreckung und Ermittelungsverfahren, oder wie die St.P.O. das letztere zutreffender nennt, die „Vorbereitung der öffentlichen Klage" hängen also zwar eng mit dem Strafverfahren zusammen, sind aber nicht Teile des Verfahrens. Wo die St.P.O. von einem Verfahren spricht, scheidet sie wenigstens die Strafvollstreckung stets aus[18]).

---

Stellung des Amtsrichters in der Strafvollstreckung vgl. unten; hier aber auch schon § 490 ff. St.P.O. Das Gericht entscheidet nach § 490 nicht über Bestehen des Strafrechts, sondern über „die Auslegung eines Strafurteils" u. s. w.

[15]) Streng genommen gehört die Lehre von der Strafvollstreckung, die die St.P.O. keineswegs erschöpfend behandelt, ins Strafrecht, nicht ins Strafprozessrecht; vgl. auch v. Kries 186.

[16]) Vgl. § 158 St.P.O. Abs. 1.

[17]) Vgl. darüber §§ 160, 163 St.P.O. und unten. Dass schon im Ermittelungsverfahren vorsorglich Beweise für den vielleicht zu führenden Prozess sicher gestellt werden, steht dem im Text gesagten nicht entgegen; vgl. auch v. Kries 3 und 186.

[18]) Das Gericht soll nach § 6 St.P.O. in jeder Lage des „Verfahrens" seine sachliche Zuständigkeit prüfen, d. h. bis zum Urteil. Der Beschuldigte kann sich in jeder Lage des „Verfahrens" eines Verteidigers bedienen; § 131 St.P.O.; in der Strafvollstreckung giebt es keine Verteidigung. Damit stimmt auch der Wortlaut des § 497 St.P.O. überein; die Kosten „mit Einschluss der durch die Vorbereitung der öffentlichen Klage und die Strafvollstreckung entstandenen" soll der Verurteilte tragen. Wären Vorbereitung der Anklage und Strafvollstreckung Teile des „Verfahrens", so wäre das „einschliesslich" völlig überflüssig. Die St.P.O. weist dadurch auf die Sonderstellung der beiden Abschnitte hin. In der Strafvollstreckung steht der Amtsrichter als Vollstreckungsbehörde auch ganz anders als sonst; er muss nicht „dem Gesetz" (§ 1 G.V.G.), sondern wie die Staatsanwaltschaft den „dienstlichen Anweisungen des Vorgesetzten" folgen (§ 147 G.V.G.). Dagegen spricht § 167 St.P.O. von einem Verteidiger im Ermittelungsverfahren, kennt aber, wie wohl zu beachten, sein Auftreten nur bei richterlichen Handlungen. Auch der tägliche Sprachgebrauch umfasst, wenn er von einem Prozess spricht, nicht die Strafvollstreckung. Übrigens finden sich auf dem Gebiete des Civilprozessrechts ganz ähnliche Fragen. Vgl. v. Kries §§ 1 u. 2, der auch das Ermittelungsverfahren und die Vollstreckung vom Strafprozess im „engeren Sinn" scheidet. Abweichend John II, 112 ff. Vgl. aber auch allerdings zu eng E. IV, 357: „Gegenstand des Strafprozesses ist die rechtliche Geltendmachung des staatlichen Strafrechts. Die Aufgabe des Strafprozesses in jedem konkreten Fall besteht darin, zu ermitteln und festzustellen, ob gegen den Angeklagten der Beweiss einer strafrechtlichen Schuld geführt worden sei." Im

Der Prozess bezweckt also Rechtprechung, nicht Rechtdurchsetzung[19]).

## § 2.

## Der Begriff des **Reichs**strafprozessrechts.

I. Unter Reichsstrafprozessrecht versteht man nach dem hergebrachten Sprachgebrauch nicht etwa die Gesamtheit der in Deutschland giltigen Strafprozessregeln. Nicht alle diese Rechtsregeln sind Reichsstrafprozessrecht. Das im Deutschen Reich giltige Strafprozessrecht ist entweder sog. partikuläres, d. h. nur für einzelne Gebiete des Reiches giltiges Recht, Landesrecht, oder sog. gemeines, d. h. für das Reich als Ganzes giltiges Recht.

Das Landesrecht scheidet hier ganz aus. Aber auch das für das ganze Reich geltende Recht wird nur zu einem Teile berücksichtigt. Das Merkmal, welches das „Reichsstrafprozessrecht" von dem übrigen „Reichsrecht" prozessualen Inhalts scheidet, ist ein durch das G. V. G gegebenes[1]).

Reichsstrafprozessrecht sind die das Strafverfahren **vor den ordentlichen Gerichten** im Sinne des § 12 G.V.G. behandelnden, in Reichsgesetzen enthaltenen Rechtsregeln. Zu ihm rechnet man gewöhnlich[2]) auch die Regeln, welche die Verfassung der **ordentlichen Gerichte** als Strafgerichte behandeln.

II. Das Wort Strafverfahren ist gleichbedeutend mit Verfahren in „Strafsachen"[3]). Das Strafprozessrecht dient dazu, in geordneter Weise die Strafgesetze zur Anwendung zu bringen. Sie bestimmen, dass an gewisse Thaten gewisse Rechtsfolgen als Strafe geknüpft sein sollen. Der Begriff der Strafe im eigentlichen Sinne, der kriminellen Strafe[4]) im Gegensatz zu dem, was mit Disciplinar-

---

Prozess handelt es sich um einen Rechtsstreit; im Ermittelungsverfahren besteht ein Streit noch nicht, in der Strafvollstreckung nicht mehr.

[19]) Vgl. aber Wach I, § 1 und John II, 123 Anm. 52.

[1]) Vgl. z. B. § 13 G.V.G., besonders § 3 E.G. z. St.P.O.

[2]) Vgl. aber den vorigen § zu III.

[3]) Vg. z. B. § 2 St.P.O., § 3 E.G. z. StP.O. § 13 G.V.G. u. s. w.

[4]) Vgl. darüber z. B. v. Liszt, Lehrbuch § 60, besonders auch über den Unterschied zwischen Strafen im eigentlichen Sinne und Disciplinar- sowie Ordnungsstrafen u. s. w. Den Begriff der Strafe hat das Strafrecht zu erörtern. Mit der ver-

Exekutiv- und Ordnungsstrafe bezeichnet wird, ist für den Begriff der Strafsache massgebend: Strafsachen sind solche Streitsachen (Rechtsstreitigkeiten), in denen es sich um Verhängung einer Strafe im eigentlichen Sinne handelt[5]).

III. Nach unserer Begriffsbestimmung haben, obwohl es sich um Strafsachen handelt, hier auszuscheiden[6]) insbesondere

a) die Bestimmungen über das vor Verwaltungsbehörden bezw. Gerichten stattfindende Strafverfahren, der sog. Administrativstrafprozess[7]);

b) die Bestimmungen über das Strafverfahren vor den sog. reichsrechtlich bestellten, d. h. infolge reichsrechtlicher Anordnung eingesetzten und den reichsrechtlich zugelassenen, d. h. vom Reich der Landesgesetzgebung überlassenen besondern Gerichten, den Sondergerichten[8]).

IV. Ob eine Strafsache vor die ordentlichen Gerichte oder vor eine andere Behörde gehört, bestimmen die Gesetze. Im einzelnen Fall können Zweifel entstehen. Es kann geschehen, dass sowohl das ordentliche Gericht als auch die andere Behörde dieselbe Sache für sich in Anspruch nehmen, ebenso, dass beide die Sache als ihnen nicht zugehörig von sich abweisen. In diesen Fällen spricht man von positiven oder negativen Kompetenzkonflikten, oder Zuständigkeitsstreiten[9]). Stehen die in Frage kommenden Behörden unter einer gemeinschaftlichen höheren Behörde, so kann diese den Streit schlichten[10]). Fehlt eine solche, wie z. B. in Preussen, für die ordentlichen Gerichte und Militärgerichte[11]), so kann es vorkommen, dass eine That ohne

---

schiedenen Fassung des Strafbegriffs schwankt der der Strafsache. Vgl. besonders John I, 75ff. auch Löwe 2 a u. b zu § 3 E.G. z. St.P.O. Ullmann 91 ff., v. Kries 68 ff. und Laband II 346 ff., auch E. XXII, 111.

[5]) Die Polizeistrafen gehören zu den Strafen im eigentlichen Sinne. Auch die subsidiäre Haftung für die einen dritten treffende Geldstrafe, sowie die einen nicht Beschuldigten treffende Einziehung, bei denen es sich nicht um Strafe handelt, werden von dem ordentlichen Strafgericht erkannt; vgl. v. Kries 70. Über die Busse unten; hier schon Ullmann 94. Die Busse ist nicht Strafe, der Prozess über die Busse ist zwar mit dem über das „jus puniendi" verbunden, aber er ist keine Strafsache. Auch die von den deutschen Gerichten in Auslieferungssachen vorgenommenen Handlungen betreffen nicht Strafsachen im Sinne der St.P.O.; Löwe 3 zu § 3 E.G. z. St.P.O., und M. VI, 342.

[6]) Wichtig ist von Reichsgesetzen besonders das Postgesetz, die Seemannsordnung von 1872 (§ 101) ff.; vgl. auch § 4 E.G. z. St.P.O.

[7]) Darüber das Nähere unten im Zusammenhang bei den ordentlichen Gerichten.

[8]) Die Sätze über das Verfahren in den von §§ 3 Abs. 2 u. 3 E.G. z. St.P.O. genannten Sachen gehören nicht hierher, weil sie kein Reichsrecht enthalten. Sie beziehen sich auf ein zwar vor den ordentlichen Gerichten sich abspielendes, aber von den Landesgesetzen zu regelndes besonderes Verfahren.

[9]) Einfach wird sich die Sache in den meisten Fällen gestalten in den Bundesstaaten, die von § 3 Abs. 2 E.G. z. G.V.G. Gebrauch gemacht haben. Vgl. Löwe 15c zu § 13 G.V.G. Über § 17 G.V.G., der für Strafsachen von geringer Bedeutung ist; Näheres unten.

[10]) Der Ausdruck passt hier strenggenommen nicht; es handelt sich um Streite über die Gerichtsbarkeit, nicht über die Zuständigkeit im Sinne des Gesetzes. Vgl. noch unten.

[11]) Vgl. den G. 32, 438 ff. geschilderten Fall.



Strafe bleibt, weil weder das ordentliche Gericht noch eine andere Behörde sich mit ihr befassen will [12]).

## Zweites Kapitel.

# Das Strafprozessrechtsverhältnis.

## § 3.

### Das Strafprozessrechtsverhältnis und seine Natur.

I. Der Prozess ist ein rechtlich geordnetes Verfahren. Mit Rücksicht darauf, dass in ihm mehrere Personen (Parteien und Gericht) handelnd auftreten, ist es erforderlich, dass ihr Verhältnis zu einander, ihre Rechte und Pflichten durch feste Regeln bestimmt werden. Der ganze einzelne Prozess, der aus Handlungen dieser in ein rechtlich geregeltes Verhältnis zu einander tretenden Prozessbeteiligten besteht, lässt sich daher auffassen als ein rechtlich geordnetes, durch das einheitliche Ziel des ganzen Verfahrens zusammengehaltenes Verhältnis der Parteien[1]) zu einander und zum Gericht, also als ein Rechtsverhältnis[2]).

II. Das hat der Strafprozess gemein mit dem Civilprozess. Sie sind weiter beide z. B.

a) dreiseitige Rechtsverhältnisse[3]), denn sie bestehen zwischen Gericht, Kläger und Beklagten. Beide sind sie sog. „komplizierte“ oder „zusammengesetzte“ Rechtsverhältnisse; sie entwickeln sich, einmal begründet, weiter, werden „einmal erzeugt, immer wieder durch neue Rechtsakte beeinflusst“[4]).

---

[12]) Über Kompetenzkonflikte (Zuständigkeitsstreite) zwischen ordentlichen Gerichten unten.

[1]) Über die Frage, ob es im Strafprozess überhaupt „Parteien“ giebt, herrscht Streit; vgl. darüber unten.

[2]) Diese Auffassung ist eine im einzelnen nicht unbestrittene. Vgl. bes. Wach I, 34 ff.; v. Kries 4, Ullmann 260 ff. A. M. besonders John, vgl. II, 117 aber auch I, 369 unten.

[3]) Ein solches besteht noch nicht in dem sog. Ermittelungsverfahren (§ 156 ff. St.G.O.). In ihm ist als einziges handelndes Subjekt die Staatsanwaltschaft thätig. Das Ermittelungsverfahren geht dem Prozess vorher, es dient zur Vorbereitung der Anklage. Vgl. Z. V. 3 und v. Kries 3, aber auch John II, 112. Ein dreiseitiges Rechtsverhältnis besteht auch nicht in dem besonders gearteten Falle des § 411 St.P.O.; ebensowenig in der Strafvollstreckung. Vgl. darüber schon oben § 1 zu IV.

[4]) Vgl. Kohler, Prozess als Rechtsverhältnis, 2 und ebenso v. Kries 5; auch Wach I, 34 ff.

b) Beide sind sie, da dem Kläger ein Beklagter entgegentritt, Parteiprozessverhältnisse [5]). Dieses Parteiverhältnis wird beherrscht von dem Grundsatze der Parteien- oder Waffengleichheit, der allerdings im Strafprozess oft dadurch durchbrochen wird, dass der Beschuldigte günstiger gestellt wird als der Ankläger [6]).

c) Berechtigt und verpflichtet sind sowohl die Parteien gegenüber dem Gericht, als das Gericht gegenüber den Parteien, als auch die Parteien unter einander [7]).

d) Das Prozessverhältnis ist ein Verhältnis formeller Art, seinen Inhalt bilden prozessuale Rechte und Pflichten. Materiellen Inhalt erlangt es durch das in ihm verhandelte materielle Strafrecht oder Civilrecht, dessen Feststellung es dient. Beide sind scharf auseinander zu halten [8]).

III. Dem Gemeinsamen stehen Verschiedenheiten gegenüber. Es ist z. B.

a) das Strafprozessrechtsverhältnis insofern weniger umbildungsfähig als das Civilprozessrechtsverhältnis, als es eine Succession in das Rechtsverhältnis weder auf Seiten des Klägers noch des Beklagten [9]) gestattet [10]).

b) Im Civilprozess handelt es sich um Ansprüche des Civilrechts, im Strafprozess um das dem Staate zustehende öffentliche Strafrecht [11]). Aus der Verschiedenheit des in beiden Prozessen geltend Gemachten erklärt es sich, dass im Civilprozess die Parteien eine weitgehende Verfügungsgewalt über das im Streit befangene Recht haben, während das im Strafprozess nicht der Fall ist. Im Civilprozess können sich die Parteien vergleichen, auf das geltend gemachte Recht verzichten u. s. w., im Strafprozess nicht [12]). Damit hängt zusammen, dass die Parteirechte im Civilprozess vielfach weiter gesteckt sind als im Strafprozess. Der Wille der Parteien vermag in weitgehender Weise die Gestaltung und Ent-

---

[5]) Darüber das Nähere unten bei den Parteien.

[6]) Es herrscht vielfach ein sog. favor defensionis,

[7]) Auch das ist nicht unbestritten; vgl. Wach I, 34 ff.; a. M. z. B. Kohler, Prozess als Rechtsverhältnis, und auch v. Kries 5; vgl. auch Ullmann 10.

[8]) Vgl. noch unten.

[9]) Vgl. z. B. die Fälle der §§ 72, 73, 236, 237 C.P.O.

[10]) Ein Wechsel in der Person des Angeklagten verlangt im Strafprozess stets die Begründung eines neuen Prozessverhältnisses. Anders steht scheinbar der Fall des § 417 St.P.O., in dem der Staatsanwalt das vom Privatkläger begründete Verfahren übernimmt. Doch ist zu beachten, dass auch hier gar kein Wechsel der Partei eintritt; Partei bleibt der Staat. Es tritt nur ein Wechsel der für ihn das „jus puniendi“ verfolgenden Person ein. Vgl. noch unten beim Privatklageverfahren.

[11]) Ueber die öffentlich-rechtliche Natur des Strafrechts herrscht heute wohl kein Streit; vgl. aber Wächter, Beilage 8 zu den Vorlesungen über Strafrecht.

[12]) Eine scheinbare Ausnahme bildet wieder die Zurücknahme der Klage durch den Privatkläger. Mit ihr ist jedoch nicht auch ohne weiteres Beendigung des Prozesses verbunden. Der Staatsanwalt kann an Stelle des Privatklägers in das Verfahren eintreten. Vgl. darüber unten und E. VIII, 208, R.V, 272.

wickelung des Prozessverhältnisses zu beeinflussen[13]). Im Strafprozess ist das meist nicht der Fall[14]).

c) Mit diesen Verschiedenheiten hängen wichtige Prozessgrundsätze zusammen. Wenn im Civilprozess der Beklagte den Anspruch des Klägers anerkennt, so muss der Richter ihn dem Klageantrage gemäss grundsätzlich selbst[15]) dann verurteilen, wenn er weiss, dass das Anerkenntnis den Thatsachen nicht entspricht, der im Anerkenntniss liegende Verfügungsakt der Partei bindet ihn. Ebenso bindet den Richter das Geständnis des Beklagten[16]). Anders im Strafprozess; ist der Angeklagte geständig, so hat der Richter die Wahrheit des Geständnisses zu prüfen, selbst gegen den ausgesprochenen Willen der Parteien[17]).

III. a) Das Prozessverhältnis des Civil- und Strafprozesses entsteht zwischen den Parteien und der öffentlichen Staatsbehörde, dem Gericht. Deshalb ist es ein dem öffentlichen Recht angehöriges Rechtsverhältnis, alle auf dasselbe sich beziehenden Rechtsregeln gehören dem öffentlichen Recht an[18]).

b) Die Strafprozessrechtssätze dienen äusserlich betrachtet dazu, einen Satz des Strafrechts auf einen Thatbestand zur Anwendung zu bringen. Im Gegensatz zum materiellen Strafrecht, nennt man das Strafprozessrecht auch wohl formelles Strafrecht.[19])

## § 4.

## Die Prozessvoraussetzungen.

I. a) Die Auffassung des Prozesses als Rechtsverhältnis führt zunächst zu der Frage, welche Umstände vorliegen müssen, damit ein solches Rechtsverhältnis fehlerfrei entsteht.

[13]) Sie können vereinbaren, dass der Prozess ruhen solle, § 228 C.P.O., vgl. auch § 38 C.P.O. u. s. w.

[14]) Die Anklage kann z. B. nach einem gewissen Zeitpunkt nicht mehr zurückgenommen werden, § 154 St.P.O. Auch hier gelten andere Regeln für die Privatklage, §§ 431, 432 St P.O. Auch eine Parteidisposition wie § 228 C.P.O. kennt die St.P.O. nicht. Man pflegt zu sagen, das Civilprozessrecht sei vielfach dispositives, nachgiebiges, das Strafprozessrecht dagegen meist absolutes, zwingendes Recht. Vgl. dazu Bülow, dispositives Civilprozessrecht u. s. w. 1880, insbesondere S. 8 ff. auch E. XXIV, 201.

[15]) Vom Eheprozess wird hier abgesehen.

[16]) Vgl. § 261 C.P.O.

[17]) Vgl. über diese Punkte auch Glaser I, 15 ff. und Wach I, 34 ff. Man begegnet oft dem ungeschickten und schiefen Satze: Das Strafurteil soll materielle Wahrheit enthalten (d. h. soll den Thatsachen entsprechen), das Civilurteil dagegen formelle Wahrheit. Über das im Verwaltungsverfahren zulässige sog. Submissionsverfahren noch unten.

[18]) Man hat darüber gestritten, ob das Strafprozessrecht eine selbständige Rechtsdisziplin sei oder nur ein Anhängsel z. B. des Strafrechts oder Staatsrechts. Dass das Prozessrecht „ein sekundäres Gebilde" (Wach I, 114) ist, schliesst nicht aus, es als selbständige Disziplin anzusehen.

[19]) Vgl. jedoch Wach I, 114. Über den Zusammenhang zwischen Strafrecht und Strafprozessrecht auch Ullmann 3. Während das Strafrecht sagt: Niemand kann bestraft werden, wenn nicht die Strafe gesetzlich bestimmt war, ehe die Handlung begangen wurde, sagt das Strafprozessrecht: Niemand kann bestraft werden, gegen den nicht ein Strafverfahren ordnungsmässig durchgeführt ist. Die Prozessnormen setzen das Bestehen von Strafrechtssätzen voraus.



b) Fasst man das Prozessverhältnis auf als ein der Umbildung und Entwickelung fähiges Rechtsverhältnis, so entsteht die weitere Frage, welche Umstände vorliegen müssen, damit diese Umbildung und Entwickelung ordnungsmässig bis zum Endziele des Prozesses erfolgen könne. Wie die Entstehung des Prozessverhältnisses, ist jeder Prozessabschnitt, jede Prozesshandlung an prozessuale Voraussetzungen geknüpft. Es giebt Voraussetzungen für die Anklage, für die Voruntersuchung, das Urteil, die Rechtsmittel u. s. w.

c) Alle diese prozessualen Voraussetzungen kann man kurz als Prozessvoraussetzungen bezeichnen und zwei Gruppen auseinander halten, indem man die zu a) genannten als Prozessvoraussetzungen im engen, eigentlichen Sinne[1]), die andern als Prozessvoraussetzungen im weiteren Sinne[2]) oder als prozessuale Voraussetzungen bezeichnet[3]).

II. Von den Prozessvoraussetzungen sind zu scheiden die Thatsachen, die vorliegen müssen, damit eine That als strafbar bezeichnet und behandelt werden kann. Wir nennen diese Umstände kurz Bedingungen der Strafbarkeit[4]).

III. a) Die Entscheidung der Frage, ob eine gesetzlich erforderte Thatsache zu den Prozessvoraussetzungen oder den Bedingungen der Strafbarkeit

---

[1]) Über diesen Begriff vgl. zuerst Bülow, Die Lehre von den Prozesseinreden u. s. w. 1868. Aus dem Civilprozessrecht ist er in das Strafprozessrecht zwar übernommen, doch wird hier die Lehre immer noch sehr vernachlässigt. Vgl. in neuester Zeit Binding, G. § 94; v. Liszt, § 43; John, besonders I. 130, v. Kries die Prozessvoraussetzungen des Reichsstrafprozesses in Z. V. 1 ff., sowie Lehrbuch 463 ff. und Ullmann 260 ff. Sie werden auch wohl Voraussetzungen des Strafklagerechts im Gegensatz zu denen des Strafrechts (Vgl. II.) genannt.

[2]) Ähnlich Gaupp und Stein, 1 zu § 247 C.P.O.

[3]) Die Stellung dieses Stoffes im System des Lehrbuchs bedarf einer Erklärung. Meist wird er bei den allgemeinen Regeln des Verfahrens behandelt; vgl. Ullmann 260 ff., v. Kries 461 ff. Das hat zur Folge, dass man die Entwicklung des Begriffs erst findet, wenn man schon oft in der Lage gewesen ist, ihn zu verwenden; vgl. z. B. auch Ullmann 183. Unzweckmässig ist es jedenfalls, den Begriff des Prozessverhältnisses von dem der Prozessvoraussetzungen getrennt an verschiedenen Orten zu behandeln, wie es v. Kries thut, der in der Einleitung 4 ff. das Prozessverhältnis, in § 58 die Prozessvoraussetzungen behandelt. Übrigens ist die ganze Frage eine rein pädagogische.

[4]) Vgl. darüber v. Liszt, § 43. Hier wird das Wort in weiterem Sinne verwendet, es werden alle die Einzelumstände darunter zusammengefasst, die vorliegen müssen, damit eine That strafbar sei, ebenso die, welche nicht vorliegen dürfen, wenn von Strafbarkeit die Rede sein soll (z. B. § 46, 310 St.G.B.). Alle diese Umstände haben insofern gleiche Bedeutung, als bei ihrem Fehlen oder Vorliegen das Bestehen des Strafrechts verneint werden muss.

gehöre, hat praktische Bedeutung. Die praktischen Folgen ergeben sich vor allem daraus, dass die Bestimmungen über die Prozessvoraussetzungen dem Strafprozessrecht, die über die Bedingungen der Strafbarkeit dem Strafrecht angehören. Deshalb[5]) ist es wichtig Strafrecht und Strafprozessrecht scharf gegeneinander abzugrenzen. Trotz nahen Zusammenhangs[6]) sind beide Rechtsdisciplinen begrifflich sehr verschieden geartet. Das Strafrecht bestimmt, an welche Thatbestände sich die Strafe als Rechtsfolge knüpfen soll, oder wie schon oben[7]) angedeutet, welche Handlungen und Unterlassungen für den Staat ein Strafrecht entstehen lassen, welcher Art und welchen Umfangs dieses Strafrecht sein soll. Es handelt, kurz ausgedrückt, von dem Entstehen, dem Erlöschen, dem Umfang des staatlichen Strafrechts. Das Strafprozessrecht ordnet dagegen das bei Feststellung eines geltend gemachten Strafrechts zu beobachtende Verfahren. Alle die Regeln, die sich auf die im Prozess handelnden Personen und Organe beziehen und ihre Handlungen nach Form und Wirkung bestimmen, gehören dem Strafprozess an.[8])

Zu beachten ist, dass eine Regel entweder strafrechtlich oder strafprozessrechtlich ist. Normen, die zugleich beides, aus Prozessrecht und Strafrecht„ gemischte" sind, giebt es nicht.[9])

b) Das Fehlen einer Bedingung der Strafbarkeit bewirkt, dass ein Strafrecht

---

[5]) Strafrecht und Strafprozessrecht stehen bei der Beantwortung wichtiger Grundfragen oft auf sehr verschiedener Anschauung. Während nach § 4 St.G.B. der Richter unter Umständen ausländisches Strafrecht anwenden muss, kann eine Anwendung ausländischen Prozessrechts für den deutschen Richter grundsätzlich nicht in Frage kommen; vgl. darüber unten § 9. Gehört ein „milderes Gesetz" dem Strafrecht an, so hat es nach § 2 St.G.B „rückwirkende Kraft", anders, wenn die Norm eine strafprozessuale ist; vgl. unten § 8. Sind die sog. Schuldpräsumtionen (vgl. über sie unten beim Beweise) wie auch v. Kries 10 annimmt Strafrechtssätze, so werden die in alten Landesgesetzen befindlichen von der St.P.O. nicht aufgehoben; § 6 E.G. z. St.P.O. findet auf sie nicht Anwendung. Vgl. ausdrücklich § 16 E.G. z. C.P.O. Es könnten weiter auch z. B. Landesstrafgesetze nach § 2 Abs. 2 E.G. z. St.G.B. neue solche Rechtsvermutungen aufstellen. Vgl. über ihre Bedeutung für das Beweisrecht noch unten. Vgl. weiter noch § 380 St.P.O., nach dem die Zugehörigkeit eines Rechtssatzes zum Strafrecht oder Prozessrecht („Verfahren") von Wichtigkeit ist. Vgl. endlich auch E.G. z. St.G.B. § 7 mit E.G. z. St.P.O. § 8, v. Kries 7, Binding I, 588 ff. Ganz ähnliche Fragen ergeben sich auf dem Gebiete des Civilprozessrechts. Vgl. z. B. Wach I, 117 ff., insbes. 121 ff.

[6]) Vgl. schon oben S. 1 Anm. 2 und S. 9 Anm. 19. Über das Verhältnis von Civilrecht und Civilprozessrecht und die Bedeutung einer scharfen Abgrenzung beider vgl. auch Wach I, 117 ff.

[7]) Vgl. S. 1.

[8]) Dass es für die Entscheidung der Zugehörigkeit einer Bestimmung zu einem der beiden Gebiete nicht auf die Stellung des Satzes in einem Strafgesetz oder Strafprozessgesetz ankommt, sondern auf den Inhalt der Regel, ist klar. Das St.G.B enthält eine ganze Reihe Prozessnormen, so z. B. die ganze Lehre vom Strafantrage, die St.P.O. dagegen materielles Recht, vgl. z. B. § 484 St.P.O. Vgl. auch v. Kries 7.

[9]) Solch ein Gemisch soll sich z. B. (vgl. v. Risch Z. IX, 235 ff., G.S. 36, 241 ff.) bei der Verjährung vorfinden. Vgl. über die Frage gleich unten und auch v. Kries 9. Ähnlich wie v. Risch scheint auch Olshausen zu denken; vgl. 4 ff. zu § 66 St.G.B., auch Glaser II, 56 ff.

nicht vorhanden ist. Das Fehlen einer Prozessvoraussetzung hindert nur, dass ein vielleicht vorhandenes staatliches Strafrecht zur Zeit[10]), oder vor einem bestimmten Gericht[11]), oder in bestimmter prozessualer Weise[12]) geltend gemacht werde. Stellt sich nun in einem begonnenen Verfahren das Fehlen einer gesetzlich erforderten Thatsache heraus, so muss das Gericht, wenn es diese Thatsache für eine Bedingung der Strafbarkeit hält, den Beschuldigten freisprechen, da es ein Strafrecht als vorliegend nicht annehmen darf. Fehlt dagegen ein Umstand, der nach Ansicht des Richters Prozessvoraussetzung ist, so kann, solange der prozessuale Mangel nicht geheilt wird[13]), über das staatliche Recht selbst gar nicht entschieden werden. Das Gericht muss unter Offenlassung der Frage, ob dem Staat ein Strafrecht zusteht oder nicht, mit dem Verfahren aufhören, das Verfahren, ohne auf die Sache selbst einzugehen, einstellen oder einstweilen ruhen lassen.

Die Folgen der Freisprechung und der Einstellung sind, und darin liegt der Schwerpunkt der Fragen für das Prozessrecht, verschieden. Das freisprechende Urteil sagt: Der Staat hat aus der That kein Strafrecht. Die Einstellung sagt dagegen: Mag der Staat ein Strafrecht haben oder nicht, so wie die Sache einmal steht, kann wegen prozessualer Hindernisse nicht über sein Vorliegen entschieden werden. Die Folge ist, dass gegen den endgiltig Freigesprochenen wegen derselben That grundsätzlich[14]) nicht wieder geklagt werden soll, dass einer dennoch angestellten Strafklage „res judicata" entgegensteht, während z. B. bei Einstellung des Verfahrens nach Hebung des Prozesshindernisses aufs neue geklagt werden kann.[15])

## § 5.

## Arten und Bedeutung der Prozessvoraussetzungen.

I. Prozessvoraussetzungen im eigentlichen Sinne nennen wir die Umstände, von deren Vorliegen das fehlerfreie Zustande-

---

[10]) Z. B. weil der Beschuldigte in einem Falle, in dem nach den Bestimmungen der St.P.O. eine Verhandlung ohne ihn nicht möglich ist, abwesend ist.

[11]) Z. B. weil die Sache nicht vor ein ordentliches, sondern ein Militärgericht gehört.

[12]) Z. B. weil der Privatkläger eine Sache geltend gemacht hat, die nicht im Wege der Privatklage verfolgt werden kann.

[13]) Etwa dadurch, dass das Gericht, das seine Unzuständigkeit erkennt, die Sache dem zuständigen überweist; vgl. § 270 oder § 429 St.P.O.

[14]) Vgl. aber § 399 ff. St.P.O. und unten bei der Rechtskraft.

[15]) Im Einzelnen ist manches streitig; so z. B. ob bei Ehebruch (§ 172 St.G.B.) oder bei Entführung (§ 238 St.G.B.) die Ehescheidung wie v. Liszt § 115 meint, Bedingung der Strafbarkeit oder Prozessvoraussetzung ist. Nach der Liszt'schen Ansicht müsste, wenn eine rechtsgültige Scheidung noch nicht vorliegt, der Beschuldigte freigesprochen werden. Nach der anderen Ansicht, die auch v. Kries Z. V, 11, Olshausen 6 zu § 172 St.G.B. und andere vertreten und der auch E. VII, 298, XIV, 202, XV, 261, R. IV, 787, IX, 121 folgt, ist das Verfahren einzustellen. Liszt's Ansicht ist praktisch bedenklich. Soll, wie v. Liszt annehmen müsste, wenn z. B. das Scheidungsurteil inzwischen rechtskräftig geworden ist, und nun nochmals Klage erhoben würde, Einstellung des Verfahrens stattfinden müssen, Verurteilung des Schuldigen ausgeschlossen sein? Vgl. auch E. XV, 122 ff., R. VIII, 791.

kommen[1]) eines Prozessverhältnisses abhängt, vor allem, dass gegen den Beschuldigten Anklage erhoben ist[2]).

Zu der grossen Zahl der Prozessvoraussetzungen dieser Art gehört ferner, dass der Angeklagte die Partei- und die Prozessfähigkeit[3]) besitzt, dass die Sache vor ein Gericht gebracht wird, das für sie die örtliche und die sachliche Zuständigkeit[4]) hat, dass die Sache, um die es sich handelt, den ordentlichen Gerichten zugehört und nicht z. B. den besondern[5]), dass es sich überhaupt um eine „Strafsache" im Sinne des Gesetzes handelt[6]) und dass nicht dieselbe Strafsache anderswo anhängig[7]) oder schon rechtskräftig abgeurteilt, „res judicata" ist[8]).

b) Neben diesen in allen Fällen erforderten, allgemeinen Prozessvoraussetzungen finden sich in einzelnen Fällen bedeutsame besondere Prozessvoraussetzungen[9]). Dahin gehört, dass nicht entgegen dem § 11 St.G.B. und Art. 30 der V.U. ein Abgeordneter wegen seiner „Äusserungen" u. s. w. verfolgt werde[10]), dass die in § 11 E.G. z.

---

[1]) Nicht das Zustandekommen überhaupt. Auch durch eine fehlerhafte Anklage kommt das Prozessverhältnis zu stande. Es ist vorhanden, nicht etwa „nichtig" (vgl. unten) aber es leidet an einem Mangel, der vielleicht dahin führt, dass das Urteil durch Rechtsmittel mit Erfolg angefochten werden kann. Die Auffassung als komme beim Fehlen von Prozessvoraussetzungen überhaupt ein Prozessverhältnis nicht oder nur scheinbar zu stande, führt im Civil- wie im Strafprozess zu sehr bedenklichen Consequenzen. Vgl. auch Ullmann 303.

[2]) Vgl. den unglaublichen Fall bei E. XXIV, 198.

[3]) Über diese Begriffe näher unten bei den Parteien. Würde z. B. gegen eine juristische Person geklagt, so würde die Parteifähigkeit fehlen und das Verfahren wäre einzustellen. Die Prozessfähigkeit, d. h. die prozessuale Handlungsfähigkeit verlangt § 414 Abs. 3 St.P.O. auch für den Privatkläger; vgl. unten bei der Privatklage.

[4]) Vgl. unten bei der Zuständigkeit

[5]) Prozessvoraussetzung ist also z. B., dass es sich nicht um eine mit mehr als Geldstrafe bedrohte Übertretung, oder ein Verbrechen oder Vergehen einer Person handelt, die zur Zeit des Prozesses als Militärperson nicht vor das ordentliche Gericht gestellt werden darf, weiter, dass es sich nicht um einen dem Austrägalgericht unterworfenen Standesherrn oder um einen nach § 18 G.V.G. Exterritorialen handelt, dass nicht infolge der Erklärung des Belagerungszustandes gemäss Preuss. Ges. vom 4. Juni 1851 die Sache vor das Kriegsgericht gehört u. s. w.

[6]) Vgl. darüber oben § 2.

[7]) Vgl. unten bei der Anklageerhebung.

[8]) Vgl. unten bei der Rechtskraft.

[9]) So Ullmann 262.

[10]) Vgl. auch § 6 E.G. z. St.P.O. z. 1. Über die bestrittene Frage, ob die dort erwähnten landesrechtlichen Bestimmungen nur in dem Bundesstaate gelten, in dem sie erlassen sind, oder ob sie infolge der Aufnahme in ein Reichsgesetz von sämmtlichen Gerichten des Reichs zu beachten sind, Gareis Z. VII. 633 ff. und Weismann Z. IX, 379 ff. Trotz der Gründe, die Gareis dagegen anführt, wird man anzunehmen haben, dass § 6 z. 1 nur den Status quo zur Zeit der St.P.O. hat wahren, nicht aber eine Ausdehnung des Landesrechts über das Reich hat schaffen wollen. Vgl. auch Löwe 7 zu § 6 E.G. z. St.P.O., sowie Preuss. V. U. Art. 84.

G.V.G. erforderliche „Vorentscheidung“ vorliege, dass in den Fällen der §§ 170, 172, 238 St.G.B. die Ehescheidung[11]) wegen der in Frage stehenden Strafthat rechtskräftig ausgesprochen sei.

Vor allen aber gehört zu diesen Prozessvoraussetzungen der in einer Reihe von Fällen vom Strafgesetz verlangte Antrag und die Ermächtigung[12]).

Deshalb wird, wenn es trotz Fehlens des Antrags zur Verhandlung gekommen ist[13]), nach § 259 Abs. 2 St.P.O. nicht freigesprochen, sondern das Verfahren eingestellt[14]).

II. a) Aber auch jeder Prozessabschnitt, jeder Prozessakt ist an Voraussetzungen geknüpft, Prozessvoraussetzungen im weiteren Sinne, die die St.P.O. genau festsetzt, bei deren Fehlen das ordnungsmässig begründete Prozessverhältnis sich nicht regelrecht weiter entwickeln kann und entweder vorzeitig beendet oder doch zeitweilig gehemmt wird. Auch das St.G.B. kennt einige solche Umstände, deren Vorliegen das Verfahren zeitweise hemmt, sein Fortschreiten bis zur Hebung des Hindernisses unmöglich macht. So bestimmen die §§ 164, 191 St.G.B., dass unter gewissen Voraussetzungen mit dem Prozess „inne zu halten“ ist[15]).

b) Besonders hervorgehoben hat man noch die Urteilsvoraussetzungen[16]), d. h. die Umstände, die vorliegen müssen, damit ein Urteil gefällt werden kann. Voraussetzung ist insbesondere, dass nur Richter bei der Urteilsfällung mitwirkten, die der ganzen Hauptverhandlung beigewohnt haben[17]), dass „bei dem Urteil“ kein Richter mitwirkt bei dem § 399 z. 3. St.P.O. zutrifft u. s. w.

---

[11]) Dass beide nicht zu den Bedingungen der Strafbarkeit gehören, ist jetzt fast allgemein anerkannt. A. M. war R. I, 182, wie im Text E. I, 41, IV, 264, VI, 162 u. s. w., v. Kries 10, Binding I. 610 ff. Nur mit dieser Auffassung lassen sich §§ 127 Abs. 3 und 130 St.P.O. in Einklang bringen.

[12]) Vgl. hier abweichend Stein, Das private Wissen des Richters. 1893. 126, Anm. 55.

[13]) Wenn der Mangel sich schon bei der Klage herausstellt, wird natürlich die Sache von vorn herein abgelehnt; § 202 St.P.O.

[14]) Dass dies hier durch Urteil und nicht wie sonst durch Beschluss geschieht, ist sachlich ohne Bedeutung. John I, 906 sagt: „In Wahrheit ist dieses Urteil ein Beschluss, der in den Formen eines Urteils verkündet wird“. Sehr bedenklich aber die Ausführungen bei John II. 663. Jedenfalls wird über das Vorliegen des staatlichen Strafrechts nicht entschieden. Vgl. E. VII, 356, und über Heilung des prozessualen Mangels durch spätere Nachholung des Antrages 359. Obwohl § 259 Abs. 2 St.P.O. die Form des Urteils nur beim Fehlen des Antrags verlangt, wird sie in der Praxis auch beim Fehlen der Ermächtigung gewählt.

[15]) Vgl. auch v. Kries 465, Ullmann 263. Dagegen ist es keine Prozessvoraussetzung, sondern eine Bedingung der Strafbarkeit, dass nach § 4 z. 3 St.G.B. die That „durch die Gesetze des Ortes, an welchem sie begangen wurde, mit Strafe bedroht ist“; E. XII, 229. R. VIII. 51.

[16]) Vgl. z. B. v. Kries 467, auch John II. 659 unten.

[17]) Dass neben diesen eigentlichen Urteilsvoraussetzungen auch das Fehlen vieler zur Begründung des Prozesverhältnisses erforderlichen Voraussetzungen mit der fehlerlosen Entstehung oder Weiterentwickelung des Prozessverhältnisses mittelbar auch der Urteilsfällung hinderlich ist, ist klar. In diesem weiteren Sinne sind z. B. auch die Voraussetzungen für das Stattfinden des Hauptverfahrens Urteilsvoraussetzungen; Vgl. das Nähere unten und hier schon v. Kries § 70, II, sowie Binding, Gr. § 121, die beide den Begriff der Urteilsvorausetzung sehr weit fassen.



III. Alle diese Voraussetzungen lassen sich nach dem Gewicht, das ihnen das Gesetz beimisst, in zwei Hauptgruppen teilen.

a) Das Vorliegen bestimmter Umstände ist so wichtig[18]), dass das Gericht ihr Nichtvorhandensein von Amtswegen zu beachten hat. Dahin gehört z. B. der Umstand, dass die Sache nicht vor eins der ordentlichen Gerichte, sondern z. B. vor ein Militärgericht gehört, dass eine Sache die sachliche Zuständigkeit, d. h. die Fähigkeit des Gerichts überschreitet, vor das sie gebracht ist. Man kann solche Voraussetzungen als notwendige bezeichnen.[19])

b) Das Fehlen anderer Umstände hat das Gericht nur dann zu beachten, wenn eine Partei den Fehler rügt. So ist es z. B. Sache der Parteien eine Gerichtsperson oder einen Sachverständigen wegen Befangenheit abzulehnen.[20]) Damit dies Rügerecht seitens der Parteien nicht dazu missbraucht wird, den Prozess in frivoler Weise vielleicht noch im letzten Augenblicke aufzuhalten[21]), hat das Gesetz die Rüge nur zeitlich beschränkt zugelassen und ihre Geltendmachung ausgeschlossen, wenn der Prozess bis zu einem bestimmten Punkt vorgeschritten ist.[22]) Man kann solche Voraussetzungen als nicht notwendige, oder auch verzichtbare bezeichnen.[23])

IV. a) Ist der vom Gesetz bestimmte Zeitpunkt ohne Rüge verstrichen, so hat das zur Folge, dass das Prozessverhältnis sich weiter entwickelt, als ob ein Fehler nicht vorgelegen hätte; durch den Verzicht oder die Nichtgeltendmachung der Rüge wird der Prozessfehler geheilt. Eine Anfechtung des den Prozess abschliessenden Urteils auf Grund jenes Fehlers würde erfolglos sein.

b) Anders da, wo das Gericht das Fehlen notwendiger Voraussetzungen nicht beachtete, sowie in den Fällen, wo die Rüge einer Partei mit Unrecht vom Gericht nicht gehört wurde[24]). Hier hat die Partei nach der Urteilsfällung die Möglichkeit, das Urteil mit Erfolg anzufechten. Und zwar ist es die Partei allein, in deren Hand in allen solchen Fällen die Entscheidung über die Geltendmachung des Anfechtungsrechts gelegt ist. Niemals hat das Gericht von Amts wegen

---

[18]) Vgl. dazu John I, 131.

[19]) Die zu I. genannten gehören mit Ausnahme der örtlichen Zuständigkeit alle zu ihnen.

[20]) Vgl. § 24 u. § 74 St.P.O. Eine besondere Stellung nimmt die örtliche Zuständigkeit des Gerichts ein. Bis zu einem gewissen Zeitpunkt hat das Gericht von Amts wegen ihr Nichtvorliegen, später nur noch auf Einwand der Partei hin zu prüfen, vgl. § 16 u. § 18 St.P.O.

[21]) Hätte z. B. die Partei das Recht, die Befangenheit des Gerichtsschreibers der ersten Instanz noch in der dritten zu rügen, so müsste das ganze Verfahren wegen dieses kleinen Fehlers wiederholt werden.

[22]) Vgl. § 25 St.P.O. und unten bei der Ablehnung.

[23]) Vgl. auch John I, 133, der die Rüge der Partei auf S. 130 unter Übertragung eines civilprozessualen Ausdrucks als eine „prozesshindernde Einrede“ bezeichnet. Verwendet man aber den Ausdruck, so ist immer dabei zu beachten, dass die Sätze der C.P.O. § 247 u. s. w. keineswegs im Strafprozess gelten. Vgl. noch Glaser II, 49. Am besten vermeidet man den Begriff der „Einrede“ im Strafprozess überhaupt.

[24]) Vgl. dazu § 377 Abs. 3 St.P.O.

Urteil und Verfahren umzustossen. Legt die Partei kein Rechtsmittel gegen das Urteil ein, so wird auch der schwerste Mangel des Verfahrens geheilt[25]), das Urteil wird „rechtskräftig" und vollstreckbar wie ein fehlerlos zustandegekommenes[26]).

## Drittes Kapitel.

## Die Quellen des Reichsstrafprozessrechts und ihre Auslegung.

### § 6.

### Die Quellen im allgemeinen.

I. Quelle des Reichsstrafprozessrechts ist **allein das Gesetz**; Gewohnheitsrecht giebt es nicht[1]).

Die Regelung des Strafprozesses ist nach Art. 4 der Reichsgesetzgebung vorbehalten. Daraus erklärt es sich, dass die Darstellung des Reichsstrafprozessrechts sich in erster Linie mit Reichsgesetzen zu beschäftigen hat. Landesgesetze können nur dann Quelle des Reichsstrafprozessrechts sein, wenn die Reichsgesetzgebung selbst ihnen derartige Kraft beilegt[2]).

II. a) Auch auf dem Gebiete des Reichsstrafprozesses ist zu scheiden zwischen Prozesshaupt- und Prozessnebengesetzen[3]). Prozesshauptgesetze sind die, deren alleiniger Zweck ist, Bestimmungen über das gerichtliche Verfahren zu geben, Prozessnebengesetze die, welche neben einem andern Hauptgegenstand Prozesssätze enthalten.

---

[25]) Es ist bedenklich in solchen Fällen von einem „nichtigen" Urteil oder Verfahren zu reden, wie es z. B. von John I, 131 u. 1011 geschieht, der aber im Verlaufe der Darstellung den richtigen Standpunkt vertritt. Das Urteil ist nicht nichtig, sondern nur anfechtbar. Unterbleibt die Anfechtung, so wird das fehlerhafte Urteil ebenso wie das fehlerlose behandelt. Über die Frage, ob und inwieweit es eine prozessuale Nichtigkeit giebt, näher unten.

[26]) Vgl. aber schon hier § 399 ff. St.P.O. In Konsularsachen ist nach § 41 des Gesetzes über die Konsulargerichtsbarkeit von 1879 die Wiederaufnahme von Amts wegen, also ohne Parteiantrag, zulässig.

[1]) Wohl kann materielles Gewohnheitsrecht im Strafprozess zur Anwendung gelangen, der Strafrichter hat ja z. B. nach dem St.G.B. oft über civilrechtliche Fragen zu entscheiden. Man denke an den Diebstahl, bei dem die Frage, ob es sich um eine fremde Sache im Sinne des bürgerlichen Rechts handelt, zu erledigen ist. Etwaige bürgerliche Rechtsgewohnheit ist dabei natürlich zu berücksichtigen. Auch ausländisches Gewohnheitsrecht kann in Frage kommen. Vgl. § 7 E.G. z. St.P.O. und § 12 E.G. z. C.P.O. Sie umfassen Gewohnheitsrecht mit. Glaser I, 323, insbesondere über den sog. Gerichtsgebrauch, auch Wach I, 255 f. Auf dem Gebiete des Landesprozessrechts (vgl. § 7) wäre Gewohnheitsrecht denkbar.

[2]) Wie z. B. das preussische Gesetz über den Belagerungszustand vom 4. Juni 1851. Vgl. dazu Art. 68 der R.V. Das Gesetz ist von Bedeutung, weil es unter bestimmten Voraussetzungen die Zuständigkeit der ordentlichen Strafgerichte verkürzt, indem es bestimmte Sachen den Kriegsgerichten zuweist.

[3]) Binding I, 123 spricht von Sondergesetzen.

Das wichtigste Strafprozesshauptgesetz ist die Strafprozessordnung mit ihrem Einführungsgesetz, beide vom 1. Februar 1877. Daneben tritt das Gerichtsverfassungsgesetz mit seinem Einführungsgesetz, beide vom 27. Januar 1877[4]).

b) Mit den Einführungsgesetzen sind nicht zu verwechseln die zu den Reichsgesetzen erlassenen Ausführungsgesetze. Sie sind von den einzelnen Bundesstaaten gegeben, vor allem um die reichsrechtlichen Sätze an die Einrichtungen und Verhältnisse des Bundesstaates anzupassen.[5]) Sie sind also nicht Reichsgesetze, sondern Landesgesetze, und enthalten nicht Reichsrecht, sondern **Landes**recht[6]), kommen also hier nicht näher in Frage.

III. Als Strafprozessnebengesetze sind besonders erwähnenswert:

a) das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, das vielfach in das Gebiet des Reichsstrafprozessrechts übergreift, wie z. B. beim Strafantrag, ferner z. B. in den §§ 190, 191, 198;

b) die Verträge des Reichs mit dem Auslande, besonders die Auslieferungs-[7]) und Konsularverträge;

c) die Seemannsordnung von 1872, das Pressgesetz von 1874 u. a.;

d) das Gesetz über die Konsulargerichtsbarkeit von 1879.

IV. Ausserdem treten ergänzend neben die St.P.O. vor allem die Civilprozessordnung (C.P.O.) vom 30. I. 77; auf sie verweist bez. der Zustellungen ausdrücklich z. B. §§ 37, 419 Abs. 3 St.P.O.[8]) Weiter sind zu erwähnen die Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878, die Gebührenordnungen für Rechtsanwälte, Zeugen und Sachverständige, Gerichtsvollzieher aus den Jahren 1878 und 1879, die zum Teil durch spätere Gesetze ergänzt und geändert sind[9]). In Kraft getreten sind sie, wie auch St.P.O. und G.V.G., am 1. Oktober 1879.

[4]) Da die Geschichte beider Gesetze sehr oft geschildert ist (vgl. besonders die Einleitung der Textausgabe der St.P.O. und des G.V.G. von Hellweg, die Kommentare von Löwe und John), kann hier eine Schilderung unterbleiben. Über das das G.V.G. ergänzende Gesetz vom 5. April 1888 unten bei der Öffentlichkeit.

[5]) Die St.P.O. hat wiederholt auf Ergänzung durch Landesrecht gerechnet. Vgl. z. B. § 64 u. § 288 St.P.O. („Gesetz“ gleich „Landesgesetz“), u. s. w.

[6]) Die preussischen Ausführungsgesetze sind zusammengefasst herausgegeben von Sydow (II. Aufl. 1887). Dass sie Landesrecht sind, ist für ihre Stellung zum Reichsstrafprozessrecht von Bedeutsamkeit. Vgl. unten § 7.

[7]) Sie ergänzen die Sätze des G.V.G. über die Rechtshülfe (§ 157 ff.) Vgl. darüber unten; hier auch v. Kries 66 Anm. 3.

[8]) Vgl. im einzelnen noch unten.

[9]) Darüber unten Näheres. Vgl. dazu auch die Aufzählung von Gesetzen bei Ullmann 57; John I, 101. Eine Anzahl Gesetze druckt Löwe in der III. Abteilung des Kommentars ab.

## § 7.

## Die Reichsprozessgesetze in ihrem Verhältnis zu einander und zum Landesprozessrecht.

I. Die Rechtsregel „lex posterior derogat priori" gilt für das Reichsprozessrecht [1]) nicht. Aus der Bestimmung des § 5 E.G. z. St.P.O. folgt, dass die prozessualen Bestimmungen der vor der St.P.O. erlassenen Reichsgesetze [2]) auch da in Kraft bleiben, wo sie mit der St.P.O. nicht im Einklang stehen [3]). Man ist dabei davon ausgegangen, die St.P.O. sei nicht der Ort zu einer Revision der in den Specialgesetzen enthaltenen Bestimmungen [4]).

II. a) Für das Verhältnis der Reichsprozessgesetze zum Landesstrafprozessrecht gilt dagegen der Grundsatz, dass auf dem Gebiete der St.P.O., also insoweit es sich um **das Verfahren vor den ordentlichen Gerichten in Strafsachen** handelt, einmal das bereits vorhandene Landesrecht aufgehoben ist, zweitens etwa neu erlassene Gesetze ungiltig sein würden [5]).

b) Dieser Grundsatz besteht nicht ausnahmslos. Nach § 6 E.G. z. St.P.O. sind eine Reihe vor der St.P.O. in Kraft getretener Landesgesetze, obwohl sie das Verfahren in Strafsachen vor den ordentlichen Gerichten betreffen, aufrecht erhalten [6]). Die St.P.O. hat weiter in

[1]) Auch für das Reichscivilprozessrecht gilt sie nicht, vgl. § 13 E.G. z. C.P.O. Sie gilt kraft ausdrücklicher Anordnung des E.G. nicht, obwohl die St.P.O. eine „Generalcodification" des gesamten Strafprozessrechts sein will; John I, 106.

[2]) Den Gegensatz bilden Landesgesetze. Reichsgesetze sind auch die Gesetze des Norddeutschen Bundes, ebenso die sog. Zollvereinsgesetze. Bez. der Verträge des Reichs vgl. den vorigen § zu III, sowie v. Kries 66. Vgl. noch Löwe 6 zu § 5 E.G. z. St.P.O.; ausführlich John I, 101 ff. In Kraft geblieben ist selbstverständlich wie § 11 St.G.B. so Art. 31 V.U.

[3]) Wie z. B. Postgesetz § 35 und § 459 St.P.O., von denen der letzte § eine Frist von einer Woche, der erste eine solche von 10 Tagen für den Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegen den „Strafbescheid" giebt. Der § 35 des Postgesetzes wird durch die abweichende Bestimmung des § 459 St.P.O. nicht berührt.

[4]) Erhebliche Widersprüche zwischen St.P.O. und den Nebengesetzen finden sich nicht. — Der von § 5 E.G. z. St.P.O. aufgestellte Grundsatz beherrscht auch den Civilprozess und das Konkursrecht; § 13 E.G. z. C.P.O., § 3 E.G. z. K.O. Er ist ein solcher des Reichsprozessrechts überhaupt.

[5]) Vgl. auch Löwe 3 zu § 6 E.G. z. St.P.O. Man spricht von einer allgemeinen „Abrogationsklausel", die § 6 E.G. z. St.P.O. enthalte; vgl. auch Wach I, 191.

[6]) Ausserdem ist Landesrecht massgebend in den von § 4 E.G. z. St.P.O., und § 5 E.G. z. G.V.G. sowie in § 11 E.G. z. G.V.G., §§ 64 und 288 St.P.O. erwähnten Materien. Vgl. noch John I zu § 6 E.G. z. St.P.O., Anm. 3 und 5. Über die Frage, ob die landesrechtlichen Sätze über die sog. Abolition noch in Kraft sind, vgl. unten, und hier schon Löwe 2 und John 6 zu § 6 E.G. z St.P.O.

einigen Fällen den Erlass neuer landesrechtlicher Strafprozesssätze gestattet[7]).

In einzelnen Fällen stellt die St.P.O. dem Landesrecht ein „Blankett“ aus, das es auszufüllen befugt sein soll[8]), in andern Fällen will die St.P.O. nur subsidiär, aushilfsweise gelten, wenn das Landesrecht nicht andere, vielleicht von denen des Reichsrechts abweichenden Regeln aufstellt[9]).

c) Das Reichsstrafprozessrecht ist also gegenüber dem Landesrecht strafprozessualen[10]) Inhalts, dem partikulären Strafprozessrecht das stärkere Recht; es ist, soweit nicht das Gegenteil gesagt ist, nicht subsidiäres[11]), d. h. nur in Ermangelung landesrechtlicher Sätze ergänzend eintretendes, sondern absolutes, zwingendes gemeines Recht. Reichsrecht bricht nach Art. 2 R.V. Landrecht[12]).

## § 8.

## Das zeitliche Herrschaftsgebiet der Reichsstrafprozessgesetze.

I. Ein jedes Prozessgesetz beherrscht einen Zeitraum, d. h. es verlangt von einem bestimmten Zeitpunkte an zur Anwendung gebracht zu werden. Das G.V.G. und die St.P.O. haben, von Art. 2 der Reichsverfassung Gebrauch machend, diesen Zeitpunkt selbst und zwar auf den 1. Oktober 1879 festgesetzt[1]). Alle nach jenem Zeitpunkt

---

[7]) Vgl. §§ 64 und 288 St.P.O. Anders z. B. § 11 E.G. z. G.V.G., Abs. 2; Neuerlass eines solchen Gesetzes nach 1879 wäre ausgeschlossen. Vgl. Löwe 3 zu § 11 E.G. z. G.V.G.

[8]) Vgl. z. B. die §§ 64, 288, 420 Abs. 1. St.P.O., § 2 G.V.G.

[9]) Vgl. z. B. die §§ 3, 4, 6, E.G. z. St.P.O., § 39 St.P.O. etc.; Löwe 4c. zu § 6 E.G. z. St.P.O. Zum Landesrecht rechnen wir hier auch die wiederholt gestatteten Anordnungen der Landesjustizverwaltung. Über die Stellung der von einzelnen Bundesstaaten abgeschlossenen Auslieferungsverträge Löwe 5 zu § 6 E.G. z. St.P.O., Ullmann 60.

[10]) Die scharfe Trennung zwischen Prozess und Strafrecht ist auch hier von Wichtigkeit.

[11]) Aushilfsweise will die St.P.O. gelten z. B. in den Fällen des § 39 St.P.O. Ähnlich § 483 Abs. 3 St.P.O., auch § 3 Abs. 3 E.G. z. St.P.O.

[12]) Vgl. die dem § 6 E.G. z. St.P.O. entsprechenden §§ 14 ff. E.G. z. C.P.O., 4 E.G. z. K.O. sowie Wach I, § 16.

[1]) Vgl. § 1 E.G z. G.V.G., § 1 E.G. z. St.P.O.; die vom § 1 E.G. z. G.V.G. vorgesehene Kaiserliche Verordnung ist nicht ergangen. In Helgoland ist G.V.G. und St.P.O. am 1. April 1891 in Kraft getreten; vgl. Verordnung vom 22. III. 1891 (R.G.Bl. S. 21) Bez. der Geltung der St.P.O. in den Schutzgebieten und bei den Consulargerichten vgl. Löwe 2 zu § 1 E.G. z. St.P.O.

neu beginnenden Strafprozesse vor den ordentlichen Gerichten werden ausnahmslos nach den Sätzen der St.P.O. bearbeitet[2]).

II. Dabei war zu beachten, dass am 1. Oktober 1879, von dem an das alte, bisher in den einzelnen Bundesstaaten giltige Strafprozessrecht ausser Kraft treten sollte, eine grosse Zahl von Strafprozessen schwebten, die unter dem alten Rechte eingeleitet, aber noch nicht beendet waren. Daher war zu entscheiden, wie sich das neue Recht zu diesen am 1. Oktober 1879 noch schwebenden Prozessen zu verhalten habe. Im einzelnen ergaben sich folgende Fragen:

a) Sollen auch nach dem 1. Oktober 1879 die alten bundesstaatlichen Strafgerichte für die vor ihnen anhängig[3]) gewordenen Sachen weiter bestehen und thätig bleiben? Die Reichsgesetze enthalten keine Bestimmung, dass die vor dem 1. Oktober 1879 in den Bundesstaaten bestehenden alten Gerichte an diesem Tage aufgehoben sind[4]). Der § 1 E.G. z. G.V.G. verlangte nur, dass am 1. Oktober 1879 die neuen ordentlichen Gerichte überall vorhanden wären. Kein Bundesstaat wäre verhindert gewesen, für die schon „anhängigen" Sachen die alten Gerichte neben den neuen weiter bestehen zu lassen. Die Bundesstaaten haben aber alle von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, die anhängigen Sachen den neuen Gerichten zuzuweisen[5]).

b) Sollen auf die am 1. Oktober 1879 noch schwebenden Strafprozesse die Sätze der St.P.O. oder die Bestimmungen des bisherigen Landesrechts Anwendung finden?

Durch § 8 E.G. z. St.P.O. wird bestimmt, dass die den neuen Gerichten übertragenen „anhängigen" Sachen nicht nach altem Prozessrecht zu Ende geführt werden sollen[6]), sondern dass auf sie die St.P.O. anzuwenden ist. Sie ist für das „weitere" Verfahren massgebend, d. h. nicht

[2]) Die Bestimmung des § 11 E.G. z. St.P.O. Abs. 1 war ziemlich überflüssig. Vgl. auch John I, 120. Sie bezieht sich auf den in einer Reihe von Bundesstaaten üblichen im Wege des Civilprozesses stattfindenden sog. Injurienprozess. Er ist durch § 11 E.G. z. St.P.O. beseitigt, ebenso auch mit ihm die Möglichkeit von Klagen auf Abbitte, Widerruf, Privatstrafe bei Beleidigungen. Vgl. Löwe zu § 11 E.G. z. St.P.O.

[3]) Vgl. § 8 E.G. z. St.P.O. Ob eine Sache „anhängig" sei, ist nach dem alten Rechte zu bestimmen. Vgl. auch Wach I, 216.

[4]) Nur für das im Strafprozess nicht in Frage kommende Reichsoberhandelsgericht war durch § 14 E.G. z. G.V.G. das Gegenteil bestimmt.

[5]) Eine ausdrückliche Aufhebung der alten Gerichte ist nicht in allen Bundesstaaten erfolgt. Vgl. aber z. B. Art. 7 des Bayr. A.G. Bei der Überweisung brauchten die vom G.V.G. bestimmten Zuständigkeitsbegrenzungen, also die die sachliche Zuständigkeit betreffenden, nicht beachtet zu werden; § 18 E.G. z. G.V.G. Die Frage, ob die neuen Gerichte in den alten Sachen in ihrer Eigenschaft als neue oder „in Vertretung der alten" thätig wurden, ist besonders für den Strafprozess wohl ohne praktische Bedeutung. Vgl. v. Kries 96, auch Wach I, 217 und 192, sowie John I zu § 8 E.G. z. St.P.O., Anm. 3.

[6]) Anders § 18 E.G. z. C.P.O. Vgl. auch Glaser I, 311 ff. Die scharfe Kritik der §§ 8 ff. E.G. z. St.P.O. durch v. Kries 93 geht wohl über das Ziel hinaus. Sie läuft darauf hinaus, dass ein einmal nach altem Recht begonnener Prozess auch nur nach altem Recht beendet werden könne, dass das Gesetz des Prozessbeginnes massgebend für den weiteren Verlauf sein müsse. Vgl. abweichend Wach I, 214 ff. Vgl. im einzelnen für Preussen das Ges. vom 31. März 1879 und v. Kries 95.



etwa sollten die Sachen nach neuem Verfahren von vorn verhandelt werden[7]. Nur wenn bereits ein „Endurteil“[8] erster Instanz vorlag, sollte das „weitere“ Verfahren gemäss § 8 Abs. 2 noch nach den bisherigen Prozessgesetzen[9]) erfolgen.

Mit dem Grundsatz des § 8 Abs. 1 stimmen die §§ 9 und 10 E.G. z. St.P.O. überein[10]). Ebenso richtet sich nach § 12 jede Strafvollstreckung nach dem 1. Oktober 1879, auch die schon vor diesem Tage begonnene, ausnahmslos nach der St.P.O.[11])

III. a) Die nach dem 1. Oktober 1879 anhängig gewordenen Sachen werden ausnahmslos nach neuem Recht behandelt, auch wenn es sich um eine vor jenem Tage begangene Strafthat handelt[12]).

b) Die bereits vor dem 1. Oktober 1879 endgiltig erledigten Prozesse werden nicht nochmals von der St.P.O. ergriffen[13]). Die Prozessgesetze haben, auch wenn sie „milder“ d. h. für den Beschuldigten günstiger sind, keine rückwirkende Kraft[14]).

## § 9.

## Das räumliche Herrschaftsgebiet der Reichsstrafprozessgesetze.

I. a) Ein jedes Prozessgesetz beherrscht einen bestimmt begrenzten Raum, d. h. es verlangt Anwendung auf die in diesem Raume zur Verhandlung kommenden Strafsachen.

b) Die St.P.O. und das G.V.G. erklären, in Kraft treten zu wollen im ganzen Umfange des Reichs[1]); das G.V.G. ordnet in

---

[7]) Vgl. ähnliches im § 14 E.G. z. G.V.G. Die dort genannten Sachen sollten in der „prozessualischen Lage, in der sie sich befinden,“ übergehen.

[8]) Der Begriff des strafprozessualen „Endurteils“ wurde nicht definiert. Vgl. z. B. E. XII, 219 und weiter zweifelhaft gewordene Fälle bei Löwe zu § 8 E.G. z. St.P.O. sowie M. II, 262, III. 443 (betr. Urteile im bayr. Ungehorsamsverfahren).

[9]) Vgl. dazu John I, 115, Anm. 3.

[10]) Die Bemerkung Johns zu § 9 E.G. z. St.P.O. ist sehr bedenklich. Durch die Verweisung einer Sache in die erste Instanz kommt die Sache nicht in die Lage, wie John meint. Die Sache bleibt auch nach der Verweisung anhängig und beginnt nicht von vorn. Der § 9 spricht deshalb ganz richtig von „weiterem“ Verfahren. Anders in § 10 E.G.; das Gesetz geht davon aus, dass das Wiederaufnahmeverfahren ein neues Verfahren ist. Das Gesetz spricht hier auch nicht von einem „weiteren“ Verfahren. Auch die Gründe, aus denen eine Wiederaufnahme zulässig ist, richten sich nach dem Recht der St.P.O. Vgl. Löwe 1a, John 3 und 4 zu § 10 E.G. z. St.P.O., sowie noch unten bei der Lehre von der Wiederaufnahme.

[11]) Vgl. dazu Löwe 1 zu § 12 E.G. z. St.P.O.

[12]) Ebenso im Civilprozess; vgl. Wach I. 211.

[13]) Ob ein Prozess endgültig, rechtskräftig beendet ist, bestimmt sich nach dem altem, nicht nach neuem Recht.

[14]) Der Ausdruck ist übrigens nicht ganz zutreffend. Vgl. Wach I, 213, auch Glaser I, 307 u. 308. Darüber, dass auch hier die Scheidung zwischen Strafrecht und Strafprozess von Bedeutung ist, schon oben § 4.

[1]) Vgl. § 1 E.G. z. St.P.O. und § 1 E G. z. G.V.G. In Helgoland gelten G.V.G. und St.P.O. seit 1. April 1891. Die St.P.O. ist zum grossen Teil auch anwendbar vor den Konsulargerichten, sowie in den Deutschen Schutzgebieten. Vgl. v. Kries 78.



diesem Gebiete die ordentlichen Strafgerichte, die St.P.O. setzt das Verfahren fest, das sich vor ihnen abspielen soll. Es gilt der Grundsatz, dass für das Verfahren vor den ordentlichen Gerichten im Deutschen Reich in Strafsachen die Sätze des G.V.G. und der St.P.O. ausschliesslich massgebend sind[2]).

II. Das G.V.G. und die St.P.O. stehen auf dem sog. Territorialprinzip[3]). Aus ihm folgt:

a) Das deutsche Strafprozessrecht wird vor den ordentlichen Strafgerichten des Reichs auch dann angewendet, wenn das zu beurteilende Verbrechen im Auslande begangen ist.

b) Die im Deutschen Reich seitens eines ordentlichen Strafgerichts zur Unterstützung eines vor einer andern Behörde des Inlandes oder Auslandes schwebenden Strafverfahrens vorgenommenen Prozesshandlungen, die sog. Rechtshilfehandlungen, müssen sich nach den Sätzen des G.V.G. und der St.P.O. richten[4]), soweit nicht reichsrechtlich etwa durch Verträge etwas anderes bestimmt wird.

III. Mit dem Territorialprinzip hängt mittelbar zusammen, dass im Ausland von ausländischen Behörden erlassene Strafurteile im Inlande nicht vollstreckt werden können[5]) und dass die im Auslande bestehende Anhängigkeit eines Prozesses ein Verfahren vor den deutschen Gerichten nicht hindert[6]).

---

[2]) Die »lex fori« beherrscht den Prozess. „Rechtsschutz kann der Staat nur in seinen Formen gewähren." Vgl. Wach I, 220. Es gilt der Satz »locus regit actum«; v. Kries § 10; Ullmann § 12, II.

[3]) Das St.G.B. führt dieses Prinzip viel weniger scharf durch.

[4]) Das ist nicht nur der Fall, wenn zwar nach ausländischem, nicht aber nach deutschem Prozessrecht gestattete Handlungen vorzunehmen sein würden, wie z. B. die Beeidigung des Angeschuldigten als Zeuge in eigener Sache, sondern selbst dann, wenn Bedenken gegen die Zulässigkeit der geforderten Handlung nach deutschem Recht nicht vorliegen. — Der ersuchte deutsche Richter handelt kraft eigenen Rechtes, nicht etwa als Mandatar des fremden Richters. Vgl. noch v. Kries 80; a. M. G. 34, 206 ff.

[5]) Anders §§ 660, 661 C.P.O. Die St.P.O. enthält keine derartige die Grundauffassung durchbrechende Bestimmung. Sie würde auch praktisch bedenklich sein und uns vielleicht Vollstreckung einer vom Auslande verhängten Strafe zumuten, die das deutsche Recht nicht kennt. Die Vollstreckung ausländischer Strafurteile wird vom österreichischem Recht ausdrücklich verboten. Vgl. über die Frage Lammasch, Über die Wirksamkeit strafgerichtlicher Urteile des Auslandes; G. S. 41, 1 ff.

[6]) Vgl. v. Kries 79. Auch die Bestrafung im Auslande hindert nicht ein neues Verfahren wegen derselben That im Inlande; vgl. aber § 7 St.G.B.

Das hat nicht etwa immer zur Folge, dass den vom Auslande Verurteilten, wenn er nach Deutschland kommt, gar keine Strafe trifft. Abgesehen von der vielfach möglichen Auslieferung an das Ausland können die deutschen ordentlichen Gerichte unter Umständen mit der Sache aufs neue befasst werden. Sie beurteilen dann den Fall vielleicht nach ausländischem Strafrecht, aber nach deutschem Reichsstrafprozessrecht[7].

IV. Aus dem Grundsatz der ausschliesslichen Geltung des Prozessrechts in seinem Herrschaftsgebiet folgt, dass der deutsche Richter, wenn er im Auslande vorgenommene Prozesshandlungen bezüglich ihrer Wirkung für ein inländisches Strafverfahren prüfen will, das ausländische Prozessrecht zu Grunde legen muss[8]. So hat z. B. nach § 5 z. 3 St.G.B. der deutsche Richter darüber zu entscheiden, ob die Bestimmungen des ausländischen Rechts über die Stellung eines Strafantrags gewahrt sind, wie er nach § 5 z. 1 St.G.B. nach ausländischem Recht die Frage beantworten muss, ob ein ausländisches Urteil „rechtskräftig" geworden ist[9]. Hat er eine vom Auslande aufgenommene Beweishandlung im Inlande zu benutzen, so ist zu prüfen, ob die Beweisaufnahme nach ausländischem Recht ordnungsmässig erfolgt ist[10]. Ebenso wie das deutsche wird das ausländische Recht als die in seinem Gebiete vorgenommenen Prozesshandlungen ausschliesslich beherrschend angesehen[11].

---

[7]) Vgl. § 37 St.G.B. und § 5 daselbst. Vgl. auch Binding I, 441 ff.

[8]) Insofern ist es bedenklich zu sagen: der deutsche Richter habe nur deutsches Prozessrecht anzuwenden; Wach I, 220.

[9]) Die Lehre, die sich mit der Stellung des deutschen Prozessrechts zu dem des Auslandes beschäftigt, nennt man nicht passend „internationales Prozessrecht."

[10]) Im Ergebnis damit übereinstimmend E. XI, 391 ff. A.M. für diesen Fall v. Kries 81. A. M. bezüglich der Wirksamkeit einer im Auslande vorgenommenen Zustellung, Seuffert, Kommentar zu C.P.O. § 185. Käme etwa der Fall vor, dass ein deutscher Richter im Auslande, etwa an der Grenze, eine Prozesshandlung, z. B. einen Augenschein, vornehmen würde, so folgt aus dem Territorialprinzip, dass er, selbst wenn er den Vorschriften der St.P.O. entspräche, im Verfahren vor dem deutschen Gericht nicht benutzbar wäre. Im Ausland kann nur der ausländische Richter nach ausländischem Recht wirksam handeln. Zu beachten ist, dass eine dem § 334 C.P.O. entsprechende Bestimmung in der St.P.O. fehlt. Ob man sie so ohne weiteres auch im Strafprozess als giltig ansehen darf, oder ob nicht das Schweigen der St.P.O. das Gegenteil bedeutet, ob also die St.P.O. nicht das von der C.P.O. durchbrochene Prinzip aufrecht erhalten will, ist mindestens zweifelhaft. Vgl. aber auch E. IV, 40.

[11]) Eine Bestimmung, die hier von der Regel abweicht, kennt die St.P.O. nicht.

## § 10.

## Die Auslegung der Quellen des Reichsstrafprozessrechts.

I. a) Die Auslegung, Interpretation [1]) der Strafprozessgesetze hat zum Zweck, den Gesetzesinhalt zu ermitteln. Sie knüpft an den verfassungsmässig zu stande gekommenen Wortlaut des Gesetzes an [2]). Die Auslegung soll das Recht zur Erkenntnis bringen, nicht soll sie neues Recht schaffen. „Ihr Zweck ist ein deduktiver, nicht ein produktiver“ [3]).

b) Deshalb ist nicht Auslegung die sog. authentische oder Legal-Interpretation, d. h. die Erläuterung einer gesetzlichen Bestimmung durch das Gesetz selbst. Sie schliesst, soweit sie sich erstreckt, die Auslegungsthätigkeit aus [4]).

II. Die Hauptthätigkeit des Auslegenden bezweckt vom Gesetz zwar nicht ausdrücklich ausgesprochene, aber dennoch, in ihm vorhandene Sätze aufzufinden. Die Aufdeckung des »latenten« Gesetzinhaltes ist vollkommen erlaubt. Dagegen ist für die Analogie, d. h. für die Thätigkeit, die neue, im Gesetz weder ausdrücklich noch stillschweigend aufgestellte Sätze schafft, kein Platz, sie „deduziert“ nicht, sondern „produziert“. Dass die Reichsstrafprozessgesetze die Analogie in Form einer „entsprechenden“ Ausdehnung der für einen Fall gegebenen Bestimmung auf einen ähnlichen Fall nicht überhaupt verwerfen, zeigt sich an einer ganzen Reihe von Stellen. Eine »entsprechende« Ausdehnung, die das Gesetz nicht ausdrücklich [5]) gestattet, ist grundsätzlich unzulässig.

III. Wichtig für die Auslegung der Strafprozessgesetze sind die auf sie bezüglichen sog. **Materialien,** d. h. die Entwürfe der Gesetze, sowie die ihnen

---

[1]) Vgl. über sie Wach I, 254 ff., Ullmann 313, Binding I, 450 bis 474, Glaser I, 314 ff. Die Frage ist eine sehr bestrittene. Oft lassen sich feste Regeln überhaupt nicht geben. Die Innehaltung der erlaubten Grenze ist in erster Linie Sache eines gesunden juristischen Taktgefühls.

[2]) Die Textkritik, die nicht Auslegungsthätigkeit ist, sondern nur den Gegenstand der Auslegung feststellen soll (Wach I, 266), hat bei der heute üblichen Gesetzesveröffentlichung kaum noch Bedeutung. Von Druckfehlern sind streng zu unterscheiden die sog. Redaktionsversehen, die vorliegen, wenn der Gedanke, der im Gesetz ausgedrückt werden sollte, durch die gewählten Worte nicht ausgedrückt wird. Sie können nur durch Gesetz berichtigt werden. „Das Gesetz interpretieren heisst nicht einen Willen suchen und aufdecken, welcher die Quelle des Wortes wurde, sondern welcher den Inhalt des Gesetzes bildet.“ Wach I, 256, Ullmann 70, Binding I, 460, v. Liszt § 16.

[3]) Wach I, 255.

[4]) Wach I, 258.

[5]) Z. B. § 31 St.P.O., § 193 G.V.G., Ullmann 73. Insbesondere sind Ausnahmeregeln nicht analog auszudehnen.



beigefügten, sie erklärenden und begründenden Motive, die Protokolle über die Verhandlungen des Reichstags und der zur Beratung des Gesetzes eingesetzten sog. Reichstagsjustizkommission[6]). Es ist nicht richtig, wenn man in diesen Vorarbeiten nur Privatarbeiten oder nur Äusserungen einzelner Abgeordneter oder Regierungsvertreter sieht; immerhin sind sie nur mit Vorsicht bei der Auslegung zu benutzen. Vor allem kann dem Gesetzeswortlaut gegenüber nie der widerstrebende Materialieninhalt in Frage kommen[7]). Die Bedeutung der Materialien liegt darin, dass sie Zeugnisse für die Entstehungsgeschichte der Gesetze sind, deren Kenntnis für eine sichere Auslegung oft erforderlich ist. Sie ermöglichen es oft in erster Linie, die „Absicht des Gesetzes"[8]) zu erkennen.

IV. Von grosser Bedeutung für das Verständnis der Gesetze ist die Beachtung ihres Sprachgebrauchs[9]). Bei seiner Benutzung ist jedoch Vorsicht nötig. Die Terminologie der Gesetze d. h. ihr „Wortschatz, in welchem dem Wort seine technisch-juristische Bedeutung, ein juristisch fester Begriff zukommt"[10]), ist nicht zuverlässig. Die Bedeutung eines jeden Ausdrucks muss von Fall zu Fall untersucht und bestimmt werden[11]). Hie und da bieten die Überschriften der einzelnen Gesetzestitel und Abschnitte einen Anhalt[12]), aber auch sie sind nicht immer zuverlässig[12]).

Das Gesetz bestimmt oft, dass etwas zu geschehen hat, geschehen muss, zu beachten ist, an anderen Stellen wieder, dass geschehen soll, kann u. s. w.

---

[6]) Oder »Reichsjustizkommission«. Diese Materialien sind herausgegeben von Hahn, die gesammten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen (1879 ff.). Vgl. auch John I, 28 ff., Ullmann 72.

[7]) Vgl. v. Liszt § 16, Wach I, 262 ff., 281 ff., Glaser I, 317 ff.

[8]) Vgl. R. II, 107, die sagt, dass die Materialien den Richter nicht „zu einer Auslegung verpflichten können, welche sich als eine Änderung des Gesetzes darstellt". Der preussische Justizminister Leonhard hat im Reichstage erklärt: „Es werde die Vertretung der Motive seitens der verbündeten Regierungen nicht übernommen." Vgl. Glaser I, 319, Wach I, 262.

[9]) Was Wach I. 284 ff. über den Sprachgebrauch der C.P.O. sagt, ist meist auch für die St.P.O. zutreffend.

[10]) Wach I, 285.

[11]) Einige Beispiele: Der Ausdruck Zuständigkeit hat drei verschiedene Bedeutungen. Einmal ist er gleich sachliche Zuständigkeit, z. B. §§ 2, 5 St.P.O., §§ 73, 74 G.V.G., dann wieder bedeutet er örtliche Zuständigkeit, § 14 ff. St.P.O., endlich umfasst das Wort die sachliche und örtliche Zuständigkeit, § 377 z. 4 St.P.O. Gericht bedeutet einmal das Gerichtsganze, z. B. das Landgericht, § 26 St.P.O., sodann, wie in § 27 Abs. 2 G.V.G. trotz des Ausdruckes „das Landgericht", die Gerichtsabteilung, die Strafkammer des Landgerichts. Der Kreis der „Verletzten" nach § 170 St.P.O. ist ein anderer als nach § 22 Abs. 1 Str.P.O. „Antrag" auf Strafverfolgung ist nach § 169 St.P.O. etwas anderes als in den §§ 414, 259 St.P.O.; in § 156 Abs. 1 St.P.O. etwas anderes als in Abs. 2. „Zusammenhang" hat in den §§ 3 u. 13 St.P.O. einen anderen Sinn als im § 236 St.P.O.

[12]) So ergiebt sich aus der Stellung der § 14 ff. St.P.O. in dem Abschnitte, der mit „Gerichtsstand" überschrieben ist, dass die Ausdrücke „Zuständigkeit", „zuständig" die örtliche Zuständigkeit bedeuten.

Diese Wendungen sind nicht überall dahin aufzufassen, dass man es bei „hat“, „muss“, „ist“ mit zwingenden, wesentlichen Bestimmungen zu thun habe, deren Nichtbeachtung stets Anfechtbarkeit einer Prozesshandlung, vielleicht sogar des Urteils herbeiführt, während bei „soll“, „kann“ es sich um nicht wesentliche, nur instruktionelle Sätze handle, deren Nichtbefolgung auf Verfahren und Urteil keinen schädlichen Einfluss übt. Das ist für die zweite Gruppe, nicht aber auch für die erste Gruppe von Wendungen richtig[18]). Es muss vielmehr von Fall zu Fall geprüft werden, welche Bedeutung der Bestimmung zukommt.

---

[18]) Ein Beispiel bietet § 59 St.P.O. Trotz des „hat“ macht, wie E. VI, 267 erklärt, eine Nichtbefolgung der Bestimmung weder die Eidesleistung wirkungslos, noch etwa das Urteil anfechtbar. Ähnlich steht es mit dem „ist“ in den § 275 Abs. 1, 384 Abs. 2 St.P.O.

# Erstes Buch.

## Die Prozesssubjekte. (Strafgerichte und Parteien.)

ERSTER ABSCHNITT.

## Die Strafgerichtsbarkeit und ihre Träger.

Erstes Kapitel.

### Die Gerichtsbarkeit.

§ 11.

Begriff und Arten.

I. a) Der aus dem Verbrechen allein strafberechtigte Staat schafft auch die Einrichtungen, durch die eine Aburteilung des Beschuldigten erreicht werden soll, insbesondere auch die ordentlichen Gerichte. Die Strafgerichte sind Staatsgerichte, d. h. ausschliesslich von Staats wegen und nicht etwa von Korporationen im Staate oder von Privatpersonen eingesetzte Gerichte [1]).

Das staatliche Recht, die Strafgerichte zu schaffen, ihre Thätigkeit zu regeln, ihren Rechte- und Pflichtenkreis zu bestimmen u. s. w., nennt man

[1]) Vgl. auch Ullmann 78, Laband II, 361. Der Ausdruck Privatgerichtsbarkeit in § 15 G.V.G. umfasst die standesherrliche Gerichtsbarkeit, sowie die ritterschaftliche und städtische Patrimonialgerichtsbarkeit. Dass der § 15 sich nur auf die ordentliche streitige Gerichtsbarkeit bezieht, ergiebt sich aus § 2 E.G. z. G.V.G. Vgl. auch Laband II, 361, a. M. v. Kries 111. Präsentationsrechte waren Rechte bestimmter Personen und Korporationen, jemand für einen Richterposten dem zur Besetzung der Stelle Berechtigten zu präsentieren, vorzuschlagen. Dem Vorschlag entsprach dann mehr oder minder eine Pflicht, den „Präsentierten“ auch anzustellen.

**Strafgerichtsherrlichkeit** oder **Strafgerichtsbarkeit im weiteren Sinne** [2]).

b) In einem anderen Sinne verwendet das G.V.G. das Wort Gerichtsbarkeit z. B. in § 12 ff. Es spricht von einer „Ausübung" der Gerichtsbarkeit durch die Gerichte selbst. Ausübung der Gerichtsbarkeit ist danach Ausübung gerichtlicher Thätigkeit, Strafgerichtsbarkeit Ausübung der Thätigkeit in „Strafsachen". Sie ist Ausübung der Strafrechtspflege und besteht in der Untersuchung und Entscheidung der vor die Gerichte gebrachten Strafsachen. Man nennt sie auch wohl **Strafgerichtsbarkeit im eigentlichen Sinne** [3]).

c) Bei den Gerichtsbehörden sind ausser den Richtern noch andere Gerichtspersonen, z. B. Gerichtschreiber thätig. Sie wirken in gesetzlich vorgeschriebener Weise bei Ausübung der Gerichtsbarkeit zusammen. Auch hier spricht man wohl von Strafgerichtsbarkeit und versteht darunter das Recht, bei der Behandlung von Strafsachen in bestimmter Weise als Gerichtsperson thätig zu werden.

II. Das G.V.G. und die St.P.O. wollen nur die ordentliche, streitige Gerichtsbarkeit behandeln, also streitige Gerichtsbarkeit im Gegensatz zur freiwilligen [4]), „jurisdictio contentiosa" im Gegensatz zur „voluntaria", und ordentliche Gerichtsbarkeit im Gegensatz zur ausserordentlichen, oder wie das G.V.G. sie nennt, besonderen Gerichtsbarkeit.

a) Die streitige Gerichtsbarkeit umfasst nach 3 E.G. z. G.V.G. die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen [5]), die letzteren kommen hier allein in Frage.

---

[2]) Sie wird auch Gerichtsgewalt genannt. Sie ermöglicht die Rechtspflege, schafft die zu ihr nöthigen Einrichtungen durch Gesetzgebung und Verwaltung, aber sie ist nicht Rechtspflege. Wach I, 309, Ullmann 79. Den Ausdruck »Gerichtsherr« hat in ganz ähnlichem Sinne der Militärstrafprozess; vgl. Pr.M. G.O. § 45. Eingehend Laband II, 335 ff.

[3]) Vgl. auch Wach I, 313. Gerichtsbarkeit kommt von „gerichtsbar". Gerichtsbar ist alles, was zur Erledigung vor die Gerichte gebracht werden kann. Die Geschäfte der Gerichtsbarkeit stehen im Gegensatz zu denen der Verwaltungsbehörden. Aber der Gegensatz „fällt nicht zusammen mit dem Gegensatz der Verwaltung und Rechtsprechung"; vgl. Laband II, 335. Über die Gerichten zustehenden Geschäfte der Justizverwaltung unten.

[4]) Die freiwillige Gerichtsbarkeit hat auf dem Gebiete des Strafprozesses keine Bedeutung und kann deshalb unerörtert bleiben. Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die den ordentlichen Gerichten zugewiesen sind, sind z. B. Vormundschafts-, Nachlass-, Grundbuchsachen u. s. w. Zu der Überweisung dieser „Art der Gerichtsbarkeit" an die ordentlichen Gerichte ist nach § 4 E.G. z. G.V.G. die Landesgesetzgebung befugt.

[5]) Über die Verschiedenheit des „staatsrechtlichen Wesens" der Strafrechts- und Civilrechtspflege und ihre Ableitung aus dem Staatsbegriff und den Staatsaufgaben vgl. Laband II, 337 ff., auch John II, 105 ff. Das Gemeinsame beider

b) Die ordentliche streitige Gerichtsbarkeit ist die den ordentlichen Gerichten im Sinne des § 12 G.V.G. zugewiesene [6]). Man nennt diese Gerichtsbarkeit die ordentliche, weil sie die regelmässig gegebene ist, weil die ordentlichen Gerichte die in dem ihnen zugewiesenen räumlichen Thätigkeitsgebiete zur Verhandlung kommenden Sachen grundsätzlich alle an sich zu ziehen haben, sofern sie nicht ausdrücklich [7]) anderen Behörden zugewiesen werden.

III. Neben die Gerichtsbarkeit der ordentlichen Gerichte tritt die der besonderen Gerichte. Sie zerfallen nach dem G.V.G. in vom Reich bestellte und von ihm zugelassene Gerichte [8]).

a) Reichsrechtlich bestellte Sondergerichte, die für Strafsachen in Betracht kommen, sind die Konsulargerichte [9]), die Gerichte in den Schutzgebieten [10]) und die Militärgerichte [11]).

b) Reichsrechtlich zugelassene Sondergerichte sind z. B. die Austrägalgerichte nach § 7 E.G. z. G.V.G., die Gerichte für die Mitglieder der im § 5 E.G. z. G.V.G. genannten Familien, sowie die Rheinschiffahrtsgerichte nach § 14 G.V.G. [12]) Es steht im Ermessen jedes Bundesstaats, ob er besondere Gerichte neu ins Leben rufen bezw. bestehen lassen will, oder die ihnen zugehörigen Sachen dem ordentlichen Gerichte übertragen will [13]). Eine Übertragung von Sachen, die das

---

Prozesse findet Laband II, 345 in „der staatsrechtlichen Eigentümlichkeit des Urteilsbefehls, der sich sowohl vom Gesetzesbefehl wie vom Verwaltungsbefehl unterscheidet", nicht „in der Gleichartigkeit des Verfahrens".

[6]) Der § 12 nennt nicht die Schöffen- und Schwurgerichte. Beide sind nicht, wie die in § 12 genannten, selbständige staatsrechtliche Gerichtskörper, keine selbständigen Behörden. Die Schöffengerichte treten bei den Amtsgerichten, die Schwurgerichte bei den Landgerichten in Thätigkeit.

[7]) „Kraft positiven Rechtssatzes" sagt Laband II, 349 gelegentlich, Löwe 9c zu § 13 G.V.G. In welchen Sachen nicht die ordentlichen Gerichte zum Handeln berufen sind, in welchen also „der Rechtsweg" vor den ordentlichen Gerichten ausgeschlossen sein soll, bestimmt oft nicht Reichs-, sondern Landesrecht.

[8]) „Die reichsrechtliche Bestellung bedeutet die Schaffung eines singulären oder speziellen Gerichtsverfassungs- und Prozessrechts für gewisse Kategorien von Rechtsstreitigkeiten; die reichsrechtliche Zulassung bedeutet eine Erweiterung der Autonomie der Einzelstaaten, indem dieselben die Ermächtigung erhalten, für gewisse Kategorien von Rechtsstreitigkeiten an die Stelle des G.V.G. und der Prozessordnung andere Vorschriften zu setzen"; Laband II, 350, 376 ff.

[9]) Im Gegensatz zur herrschenden Meinung rechnet v. Kries 79 die Konsulargerichte zu den ordentlichen Gerichten. Wie im Text auch Laband II, 350, John I, 86.

[10]) Vgl. R.Gesetz vom 17. April 1896 u. s. w.

[11]) Vgl. eingehend v. Kries 72 ff. Zu den Militärgerichten gehören auch die in § 16 G.V.G. genannten Kriegsgerichte und Standrechte. Vgl. dazu Art. 68 R.V. und preuss. Gesetz vom 4. Juni 1851.

[12]) Über die Thätigkeit der im § 14 G.V.G. genannten Sondergerichte in Strafsachen Löwe zu § 14 G.V.G.

[13]) Soweit das Reichsrecht Sondergerichte zulässt, können sie grundsätzlich neu errichtet werden, abgesehen von den Austrägalgerichten, die nach § 7 E.G. z. G.V.G. bestehen bleiben, soweit sie „gewährt" sind; Löwe 9b zu § 13 G.V.G. Über die Kriegsgerichte und Standrechte des § 16 G.V.G. schon oben. Gerichte, die früher bestanden, aber nicht mehr „zugelassen" sind, sind in Wegfall gekommen, das gilt für die Universitätsgerichte als Gerichte in „Strafsachen". Zweifelhaft muss es deshalb scheinen, ob Staatsgerichtshöfe für das Verfahren gegen Minister wegen Verfassungsverletzung noch bestehen bleiben; Löwe 11e zu § 13 G.V.G., aber auch v. Kries 75.

Reichsrecht an die ordentlichen Gerichte verweist, kann an besondere Gerichte durch Landesgesetz natürlich nicht erfolgen [14]).

c) Die Begrenzung der Gerichtsbarkeit zwischen dem ordentlichen und dem besonderen Gerichte ist eine absolute, zwingende. Es ist notwendige Prozessvoraussetzung, dass keine vor die ordentlichen Gerichte gehörige Sache vor ein besonderes Gericht gebracht wird und umgekehrt [15]).

IV. Neben der Gerichtsbarkeit der ordentlichen und besonderen Gerichte besteht nach § 13 G.V.G. auch das Recht einzelner Verwaltungsbehörden zur Entscheidung von Strafsachen. Teils ist die Zuweisung bestimmter Sachen an diese Behörde durch Reichs-, teils durch Landesgesetze erfolgt [16]). Es ist aber zu beachten, dass gegen den Strafbescheid der Verwaltungsbehörde der Bestrafte die Entscheidung der ordentlichen Gerichte anrufen kann [17]).

V. a) Es ist denkbar, dass zwischen den ordentlichen und den besonderen Gerichten „Streitigkeiten" darüber entstehen, vor welche von beiden eine Strafsache gehört, dass etwa ein ordentliches Gericht und ein Austrägalgericht einen und denselben Fall für sich zur Entscheidung in Anspruch nehmen. Was in solchen Fällen zu geschehen habe, sagt weder das G.V.G. noch die St.P.O. In Ermangelung eines beiden streitenden Gerichten gemeinsamen oberen Gerichts [18]) könnte die Frage nur durch einen Akt der Gesetzgebung ihre Erledigung finden [19]).

b) Auch zwischen den ordentlichen Gerichten und einer Verwaltungsbehörde sind „Streitigkeiten über die Zulässigkeit des Rechtswegs", d. h. darüber möglich, ob der „Rechtsweg" vor dem ordentlichen Gerichte in einer Strafsache zulässig, die Gerichtsbarkeit des ordentlichen Gerichts begründet ist. Es könnte etwa ein ordentliches Gericht eine Sache an sich ziehen, für die eine Verwaltungsbehörde die Entscheidung in Anspruch nimmt. Zur Erledigung eines solchen Kompetenzkonflikts [20]) würde die von § 17 G.V.G. genannte Behörde berufen sein, sofern,

[14]) Vgl. dazu § 3 E.G. z. G.V.G. und § 3 E.G. z. G.V.G. Abs. 2, sowie Löwe zu § 3 E.G. z. G.V.G., Ullmann 89. Auch die Regelung des Rechtsmittelzugs ist Sache der Landesgesetzgebung. Nach § 4 E.G. z. G.V.G. können ordentliche Gerichte zugleich als besondere bestellt werden; Löwe 14 zu § 13 G.V.G.; der § 4 denkt allerdings in erster Linie an die sog. freiwillige Gerichtsbarkeit.

[15]) Auch im Falle des Zusammenhangs mehrerer Sachen ist das zu beachten. Sind z. B. ein Standesherr und ein Nichtstandesherr Mitthäter, so gehört der Standesherr vor das Austrägalgericht, der andere vor das ordentliche. Die Sachen müssten also getrennt werden. Vgl. auch Gaupp-Stein 9.

[16]) Vgl. z. B. Postgesetz vom 28. Oktober 1871, § 34 ff., Seemannsordnung vom 27. Dezember 1872, § 101; vgl. Löwe im Anhang. Dem Landesrecht ist gestattet, solches Verfahren neu einzuführen. Vgl. noch § 453 ff. St.P.O., § 6 E.G. z. St.P.O. z. 3.

[17]) Vgl. noch unten; auch v. Kries 76. Die Verwaltungsgerichte haben keine Strafsachen zu entscheiden.

[18]) Der § 17 G.V.G. bezieht sich nicht auf die besonderen Gerichte. Löwe 4 zu § 17 G.V.G., v. Kries 115. In Ermangelung eines Gesetzgebungsaktes bliebe bei sog. negativem Kompetenzkonflikt die Sache straflos. Für Bayern v. Kries 115 Anm. 2.

[19]) Etwa des Reichsgerichts nach § 3 E.G. z. G.V.G. Löwe 15 zu § 13 G.V.G.

[20]) Darüber, dass man von Zuständigkeitsstreiten hier strenggenommen nicht sprechen kann, schon oben S. 6. Die Behörden streiten nicht über die sachliche Zuständigkeit im Sinne des G.V.G., sondern über die Gerichtsbarkeit. Über Kompetenzkonflikte, d. h. hier Streite über Zuständigkeit, der ordentlichen Gerichte untereinander unten.



was § 17 stillschweigend voraussetzt, die streitenden Behörden demselben Bundesstaate angehören [21]).

VI. Der § 4 E.G. z. G.V.G. stellt den Grundsatz der Trennung von Justiz und Verwaltung auf [22]), gestattet aber, dass den ordentlichen Gerichten Geschäfte der Justizverwaltung neben denen der Gerichtsbarkeit übertragen werden. Welche Geschäfte zu der einen oder der anderen Art gehören, sagt das Gesetz nicht. Man wird zur Gerichtsbarkeit alles zu rechnen haben, was die Untersuchung und Entscheidung von Strafsachen betrifft, sich auf die Erledigung des einzelnen Strafprozesses bezieht, zur Justizverwaltung dagegen alles, was sich nicht auf eine einzelne bestimmte Sache bezieht, sondern die Rechtspflege im allgemeinen angeht [23]). So überträgt das G.V.G. selbst den ordentlichen Gerichten die Auswahl der Schöffen und Geschworenen in §§ 36 ff. G.V.G., die Geschäftsverteilung gemäss §§ 59 ff. G.V.G., nach § 483 St.P.O. kann den Amtsrichtern die Strafvollstreckung in bestimmtem Umfange übertragen werden. Die Geschäfte der Präsidenten der Kollegialgerichte, des nach § 22 G.V.G. die Dienstaufsicht führenden Amtsrichters gehören ebenfalls zur Justizverwaltung [24]).

## § 12.

## Die ordentliche Strafgerichtsbarkeit im Reich.

I. Die Strafgerichtsbarkeit steht dem Staate zu, der sie durch seine Behörden ausübt. Die Frage, wer die ordentliche Strafgerichtsbarkeit im Deutschen Reiche hat, ob das Reich oder die Bundesstaaten, oder sowohl das Reich als die Bundesstaaten, lässt sich aus der Reichsverfassung und ihrer Geschichte beantworten [1]). Das Reich hat zwar grundsätzlich die Gesetzgebung auf dem Gebiete der Verfassung der ordentlichen Gerichte und des Strafverfahrens vor ihnen übernommen, aber nicht auch die Ausübung der Gerichtsbarkeit selbst, abgesehen von der des Reichsgerichts. Dem entspricht, dass die ordentlichen Strafgerichte in Deutschland mit Ausnahme des Reichsgerichts bundesstaatliche bezw. reichsländische Gerichte [2]) sind, „Landesbehörden", wie sie § 4 E.G. z. G.V.G. nennt, dass

[21]) Fälle der Art werden selten sein. Für Preussen Löwe zu § 17 G.V.G. Der § 17 findet seine Hauptanwendung auf dem Gebiete des Civilprozesses. In Preussen besteht ein Gerichtshof zur Entscheidung von Kompetenzkonflikten in Berlin. Vgl. noch § 17 E.G. z. G.V.G. und v. Kries 113 ff.

[22]) Über seine Bedeutung unten.

[23]) Ähnlich Ullmann 77, auch Wach I, 309, der die gesamte Gerichtsherrlichkeit als Justizverwaltung bezeichnet. Planck I, 33 scheint zu meinen, dass nur die Gerichte höherer Instanz Justizverwaltungsgeschäfte zu erledigen haben; das ist jedenfalls unrichtig. Vgl. noch John I, 181, v. Kries 99, 108.

[24]) Auf die Justizverwaltungsgeschäfte finden z. B. die Sätze der §§ 22 ff. St.P.O. nicht Anwendung.

[1]) Vgl. besonders Laband II 373 ff. und v. Kries 17 ff.

[2]) Auch die elsass-lothringischen Gerichte sind Landes- und nicht Reichsbehörden. Vgl. Ullmann 107, v. Kries 97, auch Laband II, 364 ff. Die ordent-

ordentliche Strafgerichtsbarkeit sowohl das Reich als auch die einzelnen Bundesstaaten[3]) besitzen und sie ausüben innerhalb der ihnen durch das G.V.G. und die St.P.O. gezogenen Grenzen und in Gemässheit der Bestimmungen dieser Gesetze[4]), sowie unter dem durch die R.V. begrenzten Aufsichtsrecht des Reichs[5]).

II. a) Wer im einzelnen Falle die ordentliche Strafgerichtsbarkeit auszuüben hat, ob ein bundesstaatliches Gericht oder das Reichsgericht, ergiebt sich aus den Sätzen des G.V.G. und der St.P.O. über die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte[6]).

Die ordentliche Gerichtsbarkeit des Reichs in Strafsachen beschränkt sich danach auf die Sachen, die das Reichsgericht zu entscheiden hat[7]), in allen anderen Fällen ist die Gerichtsbarkeit der Einzelstaaten begründet.

b) Welcher der Einzelstaaten im Einzelfalle berufen ist, eine

---

liche streitige Gerichtsbarkeit bildet die „den Einzelstaaten verbliebene oder ihnen vom Reich übertragene Selbstverwaltung“; Laband II, 367. Nach Art. 4 R.G. hat das Reich die Aufsicht über das gerichtliche Verfahren; den kaum denkbaren Fall der Justizverweigerung behandelt Art. 77 R.V.

[3]) Vgl. ausführlich John I, 174 ff., Laband II, 363 ff., Ullmann 84 ff.

[4]) Vgl. näheres unten bei der Zuständigkeit; auch v. Kries 99. Über die Frage, inwiefern sich die Strafberechtigung aus einem Delikt mit der Fähigkeit, die That abzuurteilen deckt, ob z. B. nicht das Reich aus der That ein Strafrecht erlangt, während einem Bundesstaate die prozessuale Geltendmachung übertragen ist, vgl. ausführlich Binding I, 477 ff., v. Kries 103 ff. Ihre nähere Erörterung gehört nicht in das Prozessrecht. Die Frage kann nur zweifelhaft sein bei den durch Reichsrecht behandelten Delikten. Aus der Übertretung einer landesrechtlichen Norm wird nur der betreffende Bundesstaat strafberechtigt. Zu beachten ist, dass die Strafvollstreckung grundsätzlich dem Staat zusteht, dessen Gerichte in erster Instanz erkannt haben. An ihn fliesst auch grundsätzlich, d. h. soweit nicht ausdrücklich anderes bestimmt wird, die Geldstrafe. Über die Vollstreckung der vom Reichsgericht nach § 136 Abs. 1 G.V.G. erkannten Strafen sagt das Reichsrecht nichts.

[5]) Vgl. darüber Laband II, 367, v. Kries 101.

[6]) Eine Anzahl von Bundesstaaten haben miteinander Verträge abgeschlossen, durch die entweder Gebietsteile des einen Bundesstaates zu den Gerichtssprengeln eines andern geschlagen werden, oder ein mehreren Bundesstaaten gemeinschaftliches Gericht eingesetzt wird. Über sie John I, 176, Laband II, 361, v. Kries 109 f.

[7]) Anders als in Civilsachen ist es in Strafsachen nicht nur höhere, sondern auch gemäss § 136 G.V.G. erste Instanz. Vgl. auch Löwe 2 vor dem II. Titel des G.V.G. Im übrigen unten bei der sachlichen Zuständigkeit. Wenn das Reichsgericht als höchste Instanz in Konsularsachen entscheidet, so handelt es sich nicht um seine ordentliche streitige Gerichtsbarkeit. Anders scheinbar Laband II, 369, obwohl er die Konsulargerichte zu den besonderen Gerichten zählt. Ebenso liegt die Sache, wenn dem Reichsgericht in den vor die besonderen Gericht gehörigen Sachen die Gerichtsbarkeit als letzte Instanz gegeben wird; § 3 E.G. z. G.V.G. und Laband II, 373.



Sache vor seinen Gerichten verhandeln zu lassen, bestimmen insbesondere die Sätze der St.P.O. über den Gerichtsstand[8]).

III a. Die Begnadigung ist zwar keine Handlung der Gerichtsbarkeit[9]), aber dennoch wegen ihres Zusammenhangs mit der Gerichtsbarkeit zu erwähnen. Die Frage, wem dieses Recht im Reiche zustehe, ist vom Reichsrecht nicht erschöpfend geregelt. Der § 484 St.P.O. behandelt nur die Sachen, die das Reichsgericht als erste Instanz abgeurteilt hat[10]). In Sachen, die das Reichsgericht als höhere Instanz erledigt hat, steht also das Begnadigungsrecht dem Kaiser nicht zu[11]), selbst dann nicht, wenn die Strafthat sich direkt gegen das Wohl des Reiches richtete[12]). Bezüglich aller der nicht unter § 485 St.P.O. fallenden Sachen bleibt das Landesrecht in Kraft[13]). Es besteht in ihnen auch kein konkurrierendes kaiserliches Begnadigungsrecht. In höherer Instanz kann nun das Reichsgericht regelmässig[14]) nur erkennen in Sachen, die in erster Instanz vor dem Landgericht oder dem Schwurgericht zur Entscheidung gekommen sind. Da eine Zwischeninstanz zwischen ihnen und dem Reichsgericht nicht vorhanden ist, so muss man die Begnadigung dem Staate zuweisen, dessen Gericht in erster Instanz geurteilt hat[15]). Das ist ja auch dem Prinzip des § 484 St.P.O. entsprechend. Die Begnadigung eines jeden Bundesstaats hat Wirkung im ganzen Reichsgebiete[16]).

IV. a) Die Abolition, d. h. die Niederschlagung eines Prozesses ist im Reichsrecht überhaupt nicht erwähnt. Dass der Kaiser in den von § 484 St.P.O. genannten Sachen ein Niederschlagungsrecht nicht hat, ist unbestritten.

b) Streitig ist dagegen, ob die Abolition in den Bundesstaaten, deren Verfassungen sie kennen, nach dem 1. Oktober 1889 noch zulässig ist. Die herrschende Meinung bejaht die Frage[17]).

---

[8]) Vgl. darüber unten.

[9]) Über die juristische Natur der Begnadigung Laband II, 480 ff.; er hält sie für einen „ausserordentlichen, im Verfassungsrecht zwar zugelassenen, aber im Prozessrecht nicht geregelten Verwaltungsakt".

[10]) Nicht nur die des § 136 G.V.G. Auch auf Sachen, die wegen ihres Zusammenhangs mit einem Fall des § 136 an das Reichsgericht kommen, findet § 484 Anwendung, auch dann, wenn das Reichsgericht die Sache zu Unrecht an sich gezogen hätte.

[11]) Abgesehen von Sachen, in denen elsass-lothringische Gerichte geurteilt haben; Binding I, 866; Laband II, 487.

[12]) Vgl. über die Begnadigung überhaupt die ausführliche Darstellung bei Binding I, 860 ff.

[13]) Laband II, 484 ff. Im einzelnen ist manches unklar und streitig; vgl. Löwe 9 und 10a vor dem II. Titel des G.V.G.

[14]) Vgl. aber auch § 136 Abs. 3 G.V.G.

[15]) So auch Laband II, 489, Löwe 12 vor Titel II des G.V.G.; Binding I, 864 ff. u. s. w.

[16]) Bezüglich der Regelung des Begnadigungsrechts in den Gerichtsbarkeitskonventionen vgl. v. Kries 109 und Laband II, 489, Löwe 17 vor Tit. II des G.V.G.

[17]) Abolition ist anders als die Begnadigung ein direkter Eingriff in die Ausübung der Gerichtsbarkeit, sie zwingt den Richter, wenn ein Verfahren begonnen ist, dies Verfahren einzustellen. Die Gründe, aus denen eine Einstellung statthaft ist, sind in der St.P.O. erschöpfend ausgeführt. Die Abolition findet sich nicht unter ihnen. Landesrecht kann die Gründe nicht vermehren, das Reichsrecht geht ihm vor. Daraus folgt für Preussen, dessen V.U.

## § 13.

## Die Ausdehnung der ordentlichen Strafgerichtsbarkeit.

I. a) Gerichtsbarkeit ist das Recht zu gerichtlicher Thätigkeit, d. h. hier zur Untersuchung und Entscheidung von Strafsachen. Die deutschen ordentlichen Gerichte haben in den Sachen thätig zu werden, die ihnen das Gesetz zur Erledigung zuweist, d. h. in den Sachen, die in Deutschland nach deutschem oder ausländischem Strafgesetz strafbar und nach den Strafprozessgesetzen vor den ordentlichen Gerichten zu verhandeln sind [1]).

b) Die Gesamtheit der den ordentlichen Gerichten zugewiesenen Strafsachen wird nach vom Gesetz bestimmten Regeln verteilt an die Gerichte I. Instanz [2]). Die gesetzliche Zuweisung einer Sache an ein bestimmtes Gericht lässt für dieses Gericht die Pflicht entstehen, in dieser Sache „die Gerichtsbarkeit" auszuüben, d. h. alle die Handlungen vorzunehmen, zu denen das Prozessgesetz das Gericht beruft.

II. Oberster Grundsatz des deutschen Prozessrechts ist, dass der Gerichtsbarkeit eines jeden deutschen ordentlichen

---

in Art. 49 ein Gesetz zur Abolition verlangt, die Unzulässigkeit der Abolition, denn dies Landesgesetz würde dem Reichsgesetz widersprechen. Das gleiche würde aber auch anzunehmen sein in den Bundesstaaten, in denen nicht einmal ein Gesetz nötig ist. So auch John I, 108, der auf die Ähnlichkeit zwischen Abolition und Kabinetsjustiz hinweist. Mit dem G.V.G. lässt sich ein Fortbestehen der Abolition schwer vereinen. A. M. Laband II, 486, Löwe 10b vor II. Tit. G.V.G., v. Kries 106. In Fällen, in denen eine Sache von einem bundesstaatlichen Gericht in die höhere Instanz an das Reichsgericht gegangen ist, wird auch vom Standpunkt der herrschenden Ansicht aus die Zulässigkeit der Abolition verneint werden müssen. Vgl. noch Laband II, 490. Der abolierende Staat kann nur seinen Behörden etwas befehlen. Die Abolition kann also jedenfalls nur in dem abolierenden Staate wirken. A. M zum Teil Löwe 13a und 6 vor dem II. Tit. G.V.G., Laband II, 491, eingehend auch v. Kries 104 ff., der zwischen reichsrechtlich und landesrechtlich bedrohten Thaten unterscheidet. Die Klageerhebung kann dem Staatsanwalt nach der herrschenden Ansicht schon gemäss §§ 147, 148 G.V.G. untersagt werden, auch kann er bis zur Eröffnung der Untersuchung zur Klagezurücknahme angewiesen werden. Würde in einem Staat ein Verfahren infolge von Abolition eingestellt, so würde das einem neuen Verfahren nur in diesem Staate, nicht auch in einem anderen Staate, sofern etwa auch in ihm ein Gericht für die Sache zuständig ist, entgegenstehen. So auch v. Kries 105, a. M. Laband a. a. O. Der § 210 St.P.O. trifft hier nicht zu, und aus § 12 St.P.O. geht nicht hervor, dass durch Eröffnung einer Untersuchung, die später wieder eingestellt würde, die Zuständigkeit eines jeden anderen Gerichts auch in anderen Bundesstaaten endgiltig consumiert werde. Das hier Gesagte gilt nur für Strafsachen, die vor die ordentlichen Gerichte gehören.

[1]) Ob die That im Inland oder Ausland begangen ist, ob der Thäter ein Deutscher oder ein Ausländer ist, ist dabei gleichgiltig.

[2]) Vgl. die Sätze über die sachliche und örtliche Zuständigkeit unten.

Gerichtes jede Person und jede Sache unterworfen ist, die sich in Deutschland befindet[3]).

a) Jedem ordentlichen Gericht ist durch das Gesetz [4]) ein bestimmtes räumliches Gebiet, ein Gerichtsbezirk, Gerichtssprengel zugewiesen; innerhalb dieses Sprengels und nur innerhalb desselben ist das Gericht zur Ausübung der Gerichtsbarkeit berufen. Zur Ausübung der Gerichtsbarkeit ausserhalb des Bezirks ist das Gericht grundsätzlich nicht befugt [5]).

b) Nun ist aber das einzelne Gericht das Glied einer höheren Gemeinschaft; die Gerichte eines jeden Staats sind derselben Gerichtsherrlichkeit entsprungen. Wird eine Handlung ausserhalb des Sprengels eines Gerichts erforderlich, bedarf etwa ein Gericht einer Augenscheinseinnahme an einem nicht in seinem Bezirk befindlichen Gegenstande, so ist das Gericht des Bezirks, in dem der Augenschein einzunehmen ist, naturgemäss berufen, dem anderen Gericht Hilfe, sog. Rechtshilfe zu leisten, für das andere am Handeln selbst verhinderte Gericht die Handlung vorzunehmen.

c) Daraus würde sich die Rechtshilfepflicht zunächst nur für die Gerichte desselben Bundesstaats ergeben. Aber schon die Gesetzgebung des norddeutschen Bundes hatte diesen Gedanken über die Grenzen des einzelnen Bundesstaats ausgedehnt [6]). Das gleiche hat das G.V.G. bezüglich des Reichsgebiets gethan. Nach dem G.V.G. stehen die ordentlichen Gerichte, obwohl sie, abgesehen vom Reichsgericht, bundesstaatliche Behörden sind, zu einander, als seien sie Gerichte des Reichs [7]). Das G.V.G. und die St.P.O. gehen davon aus, dass Befehle und Entscheidungen eines jeden deutschen ordentlichen Gerichts in ganz Deutschland wirksam[8]) und vollstreckbar sind, und dass jeder, der sich in Deutschland aufhält, mag er Inländer oder Ausländer sein, den Anordnungen eines jeden deutschen ordentlichen Gerichts Folge leisten muss.

---

[3]) Vgl. aber § 161 G.V.G.

[4]) Für das Reichsgerichts ist das durch das Reichsrecht, für die übrigen Gerichte durch Landesrecht geschehen.

[5]) Das ist herrschende Meinung. Abweichend v. Kries 82 ff. Wenn v. Kries 83 Gerichtsbarkeit als „Ausübung der Staatsgewalt" bezeichnet, so müsste er wohl folgerichtig die Gerichtsbarkeit auch wie die Staatsgewalt als territorial begrenzt ansehen.

[6]) Über das Rechtshilfegesetz von 1869 unten.

[7]) Vgl. auch Löwe 5 vor dem II. Titel G.V.G., aber auch § 394 Abs. 2 St.P.O.

[8]) Die in einem Staate begründete Rechtshängigkeit und Rechtskraft wirkt über das ganze Reich.

d) Da kein Gericht zur Ausübung der Gerichtsbarkeit ausserhalb seines Sprengels berufen ist, kann auch von einer Ausübung der Gerichtsbarkeit ausserhalb des Reichs für ein ordentliches deutsches Gericht nicht die Rede sein. Akte der Gerichtsbarkeit kann ein deutsches Gericht nur in Deutschland vornehmen[9]. Handlungen, ausserhalb Deutschlands von einem deutschen Richter vorgenommen[10], wären für den Strafprozess unbenutzbar. Werden solche Handlungen nötig, so muss der deutsche Richter die ausländische Behörde um ihre Hilfe ersuchen. Ein Überschreiten der Grenzen Deutschlands wäre ein Eingriff in die Hoheitsrechte des Auslandes. Das Gebiet für die Ausübung der deutschen ordentlichen Gerichtsbarkeit ist Deutschland.

e) Die Ausübung der Gerichtsbarkeit umfasst die verschiedenartigsten Handlungen. Das Gericht untersucht und entscheidet Strafsachen; aber es verschafft sich z. B. auch durch direkten Zwang gegen Personen und Sachen das zur Entscheidung erforderliche Prozessmaterial[11]. Alle diese Handlungen machen zusammengefasst die Gerichtsbarkeit aus. Dieser Gerichtsgewalt sind, soweit das Gesetz nichts abweichendes bestimmt, alle Personen und Sachen unterworfen[12], die sich im Gebiet des deutschen Reichs befinden. Diese Personen und Sachen sind der deutschen Gerichtsbarkeit voll unterworfen. Anders die im Auslande befindlichen Personen und Sachen. Eine Verhaftung eines Inländers oder Ausländers ist im Inlande ohne weiteres zulässig, eine Verhaftung eines Inländers oder Ausländers durch einen deutschen Beamten im Auslande ist nach unserem geltenden Recht, obwohl die St.P.O. es nicht ausdrücklich bestimmt, ja gerade weil sie es nicht bestimmt, grundsätzlich unzulässig[13]. Mit dem Augenblick, in dem die Sache oder Person die deutsche

---

[9]) Die historische Entwickelung zeigt, dass das heute in Deutschland Rechtens ist.

[10]) Man denke an Zeugenvernehmungen u. s. w.

[11]) Vgl. z. B. unten die Verhaftung, Beschlagnahme u. s. w.

[12]) Über die Ausnahmen vgl. unten zu II.

[13]) Das ist auch die völkerrechtliche Praxis; man denke auch an die Auslieferung. Es wäre denkbar, dass deutsches Recht einseitig das Gegenteil bestimmte. Ein solches Gesetz wäre dann zweifellos gültiges deutsches Prozessrecht. Es fragt sich nur, ob nicht das Ausland sich gegen eine praktische Ausübung derartiger Sätze wehren würde. Bisher hat Deutschland ein solches Gesetz, das als Gebiet deutscher Gerichtsbarkeit auch das Ausland ansieht, noch nicht erlassen. Bezüglich der Beschlagnahme wird in § 326 St.P.O. ausdrücklich bestimmt, sie ergreife nur das inländische Vermögen des Beschuldigten.

Grenze hinter sich hat, ist sie der deutschen Gerichtsbarkeit in dieser Beziehung ohne weiteres entzogen.

III. Ist nun auch die Möglichkeit, Handlungen der deutschen ordentlichen Gerichtsbarkeit vorzunehmen, auf Deutschland und das in ihm Befindliche beschränkt, so ist damit nicht gesagt, dass auch die Wirkungen von Handlungen der deutschen ordentlichen Gerichte nicht über die Grenzen Deutschlands [14]) hinausreichen und umgekehrt Handlungen ausländischer Gerichtsbarkeit in Deutschland Wirkungen äussern. Letzteres ist z. B. nach § 5 St.G.B. der Fall [15]).

II. Von diesem Grundsatze giebt es reichsrechtliche [16]) Ausnahmen.

a) Die sog. Exterritorialen [17]), von denen die § 18 ff. G.V.G. einige nennen, können wegen ihrer Handlungen von deutschen Gerichten nicht verfolgt werden, weil, wie § 18 G.V.G. deutlich bestimmt, auf sie die inländische Gerichtsbarkeit sich nicht erstreckt [18]). Ihre That ist zwar ein Verbrechen, wie die des Nicht-Exterritorialen, aber das Verbrechen ist wegen ihrer Ausnahme-

---

[14]) Das Rechtshilfe-Gesetz von 1869 ging davon aus, dass die Gerichtsbarkeit eines Bundesstaats Wirkungen auch in den übrigen Bundesstaaten äussern sollte. Es bestimmte das ausdrücklich, was beweist, dass man das nicht als selbstverständlich annahm. So wurde angeordnet in § 19, dass die in einem Bundesstaat begründete Rechtshängigkeit auch in den anderen Bundesstaaten geltend gemacht werden könne. Bezüglich der Rechtskraftwirkungen über die territoriale Grenze hinaus z. B. § 5 z. St.G.B. und Laband II, 363: „Rechtskraft beruht auf der Zwangsgewalt des Staats und ist deshalb territorial begrenzt“.

[15]) Gegen die herrschende Meinung auch hier v. Kries 82 ff.

[16]) Landesrecht kann sie weder erweitern noch einschränken.

[17]) Vgl. dazu die kritischen Bemerkungen bei v. Kries 85. Die § 18 ff. behandeln nur das Gesandtschaftspersonal und wollen die „Materie“ der Exterritorialität nicht erschöpfen. Wer ausser den in § 18 ff. Genannten exterritorial ist, bestimmt das Völkerrecht. Dahin gehören z. B. fremde Monarchen, Regenten, Präsidenten fremder Republiken, geschlossene fremde Truppenkörper, fremde Kriegsschiffe, Steuer-, Eisenbahn- etc. Beamte u. s. w. Der § 18 spricht allgemein von „Chefs und Mitgliedern“, um eine Aufzählung der einzelnen Arten der gesandtschaftlichen Ämter zu vermeiden. Nach Abs. 2 ist z. B. der preussische Gesandte in München von der bayerischen Gerichtsbarkeit, nicht aber von der des Reichs (vgl. z. B. § 136 Abs. 1 G.V.G.) oder eines anderen Bundesstaats befreit; das gleiche gilt für die von nicht-deutschen Staaten bei einem Bundesstaat beglaubigten Gesandten etc. Nach Abs. 2 sind die nicht-preussischen Bundesrats-Mitglieder der preussischen Gerichtsbarkeit nicht unterworfen. Vgl. Löwe 6 zu § 18 G.V.G., auch Art. 10 R.V., sowie v. Kries 87, Laband II, 356.

[18]) In keiner Weise. Es kann keine Handlung der Gerichtsbarkeit in Deutschland gegen sie vorgenommen werden. Sie können weder angeklagt, noch verhaftet noch zum Zeugnis gezwungen werden. Durchsuchungen sind bei ihnen unzulässig u. s. w. Vgl. noch Löwe 7 zu § 18 G.V.G.

stellung in Deutschland nicht verfolgbar [19]). Die gleiche strafprozessuale Stellung haben die in § 19 G.V.G. Genannten [20]). Die „im deutschen Reiche angestellten Konsuln", mögen sie Wahl- oder Berufskonsuln sein, sind dagegen nur dann exterritorial, wenn und soweit ihnen durch Verträge diese Stellung eingeräumt ist [21]).

b) Eine Reihe von Personen, insbesondere alle Militärpersonen [22]), unterstehen nach § 7 E.G. z. G.V.G., sofern sie als Be-

[19]) Keineswegs sind diese Personen etwa »legibus soluti«, wie die deutschen Fürsten, die dem materiellen Strafrecht nach herrschender Ansicht nicht unterworfen sind. Ihre Ausnahmestellung ist lediglich eine strafprozessuale. Es fehlt bei dem Exterritorialen nicht an einer „Bedingung der Strafbarkeit"; Nichtvorliegen von Exterritorialität ist vielmehr Prozessvoraussetzung; ihr Vorliegen hindert das Zustandekommen, ihr Eintritt während des Prozesses das Weiterbestehen des Prozessverhältnisses. Wäre gegen einen Exterritorialen Anklage erhoben, so würde das Gericht ihn nicht etwa freizusprechen haben, es müsste vielmehr das Verfahren eingestellt werden. Würde dann die Eigenschaft als Exterritorialer aufhören, etwa der Bedienstete, der gestohlen hat, vom Gesandten entlassen werden, so würde mit dem Augenblick auch das Prozesshindernis wegfallen und eine Verfolgung bezw. Verurteilung des früheren Exterritorialen möglich werden. Vgl. auch hier E. XVII, 51, R. X. 83. Anders stehen die von der Herrschaft des materiellen Strafrechts befreiten, die „legibus soluti". Wer im Augenblick der That „legibus solutus" ist, ist freizusprechen. Beim Exterritorialen kommt es gar nicht auf den Augenblick der That, sondern auf die Zeit des Prozesses an. Vgl. noch Binding I. 685, sowie Beling, Exterritorialität (1896). A. M. v. Liszt § 21, v. Kries 87. Dass die Exterritorialen wegen der in ihrer Stellung begangenen Thaten in ihrem Heimatsstaate gestraft werden können, ist nach der hier vertretenen Ansicht selbstverständlich. Ebenso kann das in dem Staate geschehen, in dem sie nicht als Exterritoriale gelten. Da der „legibus solutus" im Augenblick der That den Strafgesetzen nicht untersteht, ist, im Gegensatz zu den Exterritorialen, auch nach Aufhören, z. B. der Regenteneigenschaft, eine Verurteilung unmöglich, ebenso wie es eine Verurteilung etwa im Auslande sein würde. Gegen den Ausdruck „Exterritoriale" v. Kries 85.

[20]) Bedienstete sind nicht nur die Dienstboten, sondern auch z. B. Hauslehrer u. s. w.

[21]) Vgl. dazu auch E. XVII, 51, R. X, 83. Eine Aufzeichnung der Konsularverträge in der Textausgabe von Hellweg hinter § 21 G.V.G. Vgl. auch Hauck zu § 21 G.V.G.

[22]) Darüber Hecker, Lehrbuch des Militärstrafrechts 21 ff. Für Preussen kommt in Frage die M.G.O. vom 3. April 1845, die nach Art. 61 R.V. in den übrigen Bundesstaaten, abgesehen von Sachsen, Bayern und Württemberg, eingeführt ist, und auch in Elsass-Lothringen gilt. Vgl. das Nähere in §§ 2, 4, 6, 8, 18 der M.G.O., aus denen sich die einzelnen den Militärgerichten unterworfenen Personengruppen ergeben. Dazu R.G. vom 3. Mai 1890. Das M.St.G.B. ändert die Bestimmungen der M.G.O., soweit sie die Personen betreffen, die den Militärgerichten unterstehen, nicht ab. Der § 4 M.St.G.B. will nur sagen, was unter „Militärpersonen" im Sinne des M.St.G.B. zu verstehen ist. Die Begrenzung zwischen der Gerichtsbarkeit der ordentlichen Gerichte und der Militärgerichte ist im einzelnen sehr kompliziert; vgl. v. Kries 70 ff. Zweifel sind bezüglich des Kartelltragens von Reserveoffizieren entstanden; M.G.O. § 6, 3, 5, dazu E. XVII, 243, R. X, 258, die nicht unbedenklich erscheint. In gewissen Fällen haben die ordentlichen Gerichte auch über Militärpersonen Gerichtsbarkeit, insbesondere in Polizeisachen; § 3 M.G.O. Vgl. die Rechtsprechung des R.G. vollständig bei Löwe 3a zu § 7 E.G. z. G.V.G.



schuldigte[23]) in Frage kommen, nicht der Gerichtsbarkeit der ordentlichen Gerichte, sondern derjenigen der Militärgerichte. Sie unterstehen diesen Gerichten, solange sie Militärpersonen sind[24]). Mit dem Aufhören dieser Eigenschaft fallen sie wieder unter die Gerichtsbarkeit der ordentlichen Gerichte. Es ist also ganz gleichgiltig der Augenblick der That, um die es sich handelt, es kommt allein auf den Zeitpunkt des Prozesses an, die Militäreigenschaft im Augenblick der That kann grundsätzlich nur von Bedeutung sein für das anzuwendende Strafrecht[25]). Stellt sich im Laufe des Prozesses die Militäreigenschaft des Beschuldigten heraus, so ist das Verfahren vor dem ordentlichen Gericht einzustellen; es fehlt an einer notwendigen Prozessvoraussetzung[26]), deren Mangel von Amts wegen zu beachten ist[27]).

c) Die in § 5 E.G. z. G.V.G. genannten Mitglieder deutscher landesherrlicher bezw. fürstlicher Familien sind nicht etwa „legibus soluti", wie die Landesherren selbst[28]). Sie sind nur nicht ohne weiteres der Gerichtsbarkeit der ordentlichen Strafgerichte unterworfen. Landes- und Hausgesetze können die Gerichtsbarkeit eines besonderen

---

[23]) Anders stehen sie als Zeugen; vgl. § 48 St.P.O. und unten.

[24]) Der § 11 M.G.O. bestimmt, dass dem Civilgericht für die Sache z. B. trotz Eintritts des Angeklagten als Soldat „die fernere Verhandlung" verbleiben soll, wenn „dem Angeschuldigten vor dem Eintritt in den Dienststand das Erkenntnis erster Instanz bereits publiziert" war. Vgl. auch bezüglich der „vor dem Eintritt in den Dienststand" begangenen strafbaren Handlungen § 9 u. § 10 M.G.O. Anders Tit. 8 Bayr. M.G.O. Der § 11 M.G.O. trifft auch zu, wenn das Erkenntnis erster Instanz in der Revisionsinstanz aufgehoben und die Sache in die erste Instanz zurückgewiesen wird. Auch in diesem Falle bleibt die Sache vor dem Civilgericht anhängig, denn das „Erkenntnis erster Instanz" ist dem Angeschuldigten „publiziert"; E. XXII, 315. Bezüglich der Fortdauer des Militär-Gerichtsstandes nach der Entlassung vgl. Bayr. M.G.O. Art. 9. Eine dem § 11 Pr. M.G.O. entsprechende Bestimmung scheint in der Bayr. M.G.O. von 1869 zu fehlen.

[25]) Man nehme an, der zu einer Übung eingezogene Reservist habe eine Unterschlagung gemäss § 138 M.St.G.Bs. begangen. Die Sache wird entdeckt erst nach Beendigung der Übung. Der Thäter gehört vor das ordentliche Gericht, denn er ist zur Zeit des Prozesses nicht mehr der Militärgerichtsbarkeit unterworfen; aber das ordentliche Gericht hat auf die That nicht § 246 St.G.Bs., sondern § 138 M.St.G.Bs. anzuwenden, da zur Zeit der That der Beschuldigte diesem unterstand.

[26]) Vgl. darüber schon oben.

[27]) Vgl. E. XVII, 245, auch G. 36, 457, die aber vor dem Reichs-Gesetz vom 3. Mai 1890 ergingen. Die Prüfung hat selbst dann zu erfolgen, wenn etwa das Militärgericht erklärt, es überlasse die Sache dem ordentlichen Gericht; E. XVIII, 51, R. X, 470.

[28]) Der Satz „princeps legibus solutus" hat nicht geändert werden sollen und zwar sind die Bundesfürsten „soluti" nicht nur im Gebiet ihres Staats, sondern in dem des Reichs. Auch dem Reichsgericht unterstehen sie nicht, weil sie Mitträger der Reichssouveränität sind; v. Kries 84; a. M. John II, 16, aber auch I, 99.

Gerichts für jene Personen begründen [29]), ihnen einen sog. „privilegierten Gerichtsstand" zuweisen [30]).

d) Die deutschen Standesherren unterstehen nach § 7 E.G. z. G.V.G. der ordentlichen Gerichtsbarkeit als Beschuldigte insoweit nicht, als ihnen durch Landesgesetz der privilegierte Gerichtsstand vor Austrägalgerichten gewährt ist [31]). Soweit solche nicht bestehen, nehmen die Standesherren keine Sonderstellung ein [32]). Standesherren sind nur die Häupter, aber nicht auch die übrigen Mitglieder einer Reihe der vormals reichsunmittelbaren fürstlichen und gräflichen Häuser [33]).

e) Die Mitglieder gesetzgebender deutscher Versammlungen sind in gewissem Umfange der Gerichtsbarkeit entzogen. Nach Art. 31 R.V. kann ohne Genehmigung des Reichstags kein Mitglied des Reichstags während der Sitzungsperiode wegen einer strafbaren Handlung zur Untersuchung gezogen oder verhaftet werden, ausser wenn es bei Ausübung der That oder im Laufe des nach-

---

[29]) Laband II, 357, Anm. 3. In Preussen findet den Angehörigen des Königlichen Hauses gegenüber ein Strafverfahren nicht statt; v. Kries 74.

[30]) Es ist zu beachten, dass hier das Wort „Gerichtsstand" nicht in dem Sinne der St.P.O. verwendet wird; es handelt sich um ein Gerichtsbarkeitsprivileg, nicht um ein Zuständigkeitsprivileg, um eine Gerichtsbarkeitsexemtion, nicht um eine Zuständigkeitsexemtion. Die bereits bestehenden Bestimmungen bleiben in Kraft, neue können erlassen werden. Vgl. auch § 4 E.G. z. St.P.O. Diese Befreiung von der ordentlichen Gerichtsbarkeit ist für die in § 5 E.G. z. G.V.G. genannten für das ganze Gebiet der ordentlichen Gerichtsbarkeit gegeben, also nicht nur in dem Staat, dem die Genannten angehören, für die Familie Hohenzollern etwa gar nur in Hohenzollern. In den Reichslanden würde bei anderer Meinung § 5 E.G. gar nicht anwendbar sein. Vgl. Laband II, 358, Binding 49, a. M. Löwe 3 zu § 4 E.G. z. St.P.O., John I, 900, Glaser I, 285 etc. Löwe 4 zu § 4 E.G. z. St.P.O. schränkt seine Meinung etwas ein.

[31]) Über die Austrägalgerichte schon oben S. 29. Neue Gesetze dürfen nicht mehr erlassen werden, nur das bereits „gewährte" Recht bleibt bestehen. Eine Abschaffung des Privilegs, also Wegfall der Ausnahme von der Regel darf der einzelne Staat beschliessen; Löwe 8 zu § 7 E.G. z. G.V.G. Man wird das Privileg jedem Standesherrn für ganz Deutschland zubilligen müssen, sodass er in seinem Heimatsstaate den Gerichtsstand auch wegen des in einem anderen Staate begangenen Delikts behält. Vgl. auch oben Anm. 30.

[32]) Sie haben also keinen privilegierten Gerichtsstand vor den höheren Gerichten mehr, nur das Recht auf „Austräge" bleibt; Löwe 9 zu § 7 E.G. z. G.V.G.

[33]) Sofern früher auch die Familienmitglieder privilegiert waren, ist das durch § 7 abgeändert. Wenn also Art. 9 des Hess. A.G. z. G.V.G. die Familie dem Standesherrn gleichstellt, so ist er wegen Widerspruch mit § 7 E.G. z. G.V.G. unverbindlich. Vgl. noch Laband II, 358 ff. Fraglich könnte sein, wie es zu halten ist, wenn etwa ein Fall des § 136 z. 1 G.V.G. vorläge. Es liegt kein Grund vor, in diesem Falle § 7 E.G. z. G.V.G. nicht in Geltung zu lassen. Da er den Standesherren bedingungslos die Austräge vorbehält, muss diese Ausnahme auch hier gelten, wenn nicht das Landesrecht anders bestimmt.

folgenden Tages ergriffen wird. Ein schon begonnenes Strafverfahren oder eine schon eingetretene Verhaftung wird auf Verlangen des Reichstags für die Dauer der Sitzungsperiode aufgehoben [34]). Es handelt sich also hier nur um eine Privilegierung auf Zeit.

f) Ganz anders stehen nach § 11 E.G. z. G.V.G. die „öffentlichen Beamten" [35]). Sie unterliegen der Gerichtsbarkeit der ordentlichen Strafgerichte in vollem Umfange. Grundsätzlich sind alle landesrechtlichen Bestimmungen, die ihre Verfolgung an „besondere", d. h. im allgemeinen nicht notwendige „Voraussetzungen" binden, ausser Kraft [36]). Die vom § 11 E.G. z. G.V.G. verlangte „Vorentscheidung" [37]) steht ganz ähnlich wie z. B. die vom St.G.B. oft verlangte „Ermächtigung", sie ist wie jene nichts anderes als eine notwendige Prozessvoraussetzung für die Einleitung des Strafverfahrens. Bei Verneinung der Amtsüberschreitung fehlt es an dieser Prozessvoraussetzung, ein etwa begonnenes Strafverfahren wäre einzustellen. Zuständig für die Vorentscheidung ist der oberste Verwaltungsgerichtshof des Staates, dem der Beamte angehört, wo er fehlt das Reichsgericht [38]).

---

[34]) Näheres vgl. z. B. bei Sontag, Der besondere Schutz der Mitglieder des deutschen Reichstags gegen Strafverfolgung und Verhaftung; Breslau 1895. Vgl. Preuss. V.U. Art. 84 Abs. 2. In § 11 St.G.Bs. etc. handelt es sich nicht um eine Exemtion von der Gerichtsbarkeit, sondern vom Strafgesetz. Art. 31 R.V. stellt eine notwendige Prozessvoraussetzung, § 11 St.G.Bs. eine negative Bedingung der Strafbarkeit auf.

[35]) Wer dahin gehört, bestimmt Landesrecht; R. X, 385.

[36]) Solche Bestimmungen bestanden nur in einzelnen Bundesstaaten. Vgl. Löwe 2 zu § 11 E.G. z. G.V.G. Für die Reichsbeamten ist § 11 nicht anwendbar; vgl. Reichs-Beamten-Gesetz von 1873 § 13; Löwe 4a zu § 11.

[37]) Die Vorentscheidung darf nur die Frage des Vorliegens der Amtsüberschreitung im gegebenen Einzelfall feststellen. Ob es sich um eine strafbare Überschreitung handelt, entscheidet in vollem Umfange das Gericht; Löwe 5a zu § 11 E.G. z. G.V.G. Es entscheidet daher auch über das Vorliegen von Gründen, die Schuld oder Strafbarkeit ausschliessen; R. X, 385.

[38]) Löwe 7 zu § 11 E.G. z. G.V.G. Das Verfahren vor dem Reichsgericht ist reichsrechtlich nicht geregelt; vgl. z. B. E. XVI, 197. Wird ein Verfahren trotz Fehlens der Vorentscheidung begonnen, so kann die dem verfolgten Beamten vorgesetzte Behörde gegen das Verfahren den sog. „Konflikt" erheben und so die Vorentscheidung herbeiführen; in Preussen Löwe 2 und 9 zu § 11 E.G. z. G.V.G. Vgl. noch v. Kries 116 Anm. 3.

## Zweites Kapitel.

## Die ordentlichen Strafgerichte als Träger der Gerichtsbarkeit.

### A. Ihre innere Verfassung.

### § 14.

### Die Stellung der Gerichte im allgemeinen.

I. Oberster Grundsatz ist auf dem Gebiete der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit nach § 1 G.V.G.: Die richterliche Gewalt [1]) wird durch unabhängige, nur dem Gesetz unterworfene Gerichte ausgeübt.

Diese Unabhängigkeit sichert das G.V.G. den Gerichten durch eine Reihe von Bestimmungen [2]), die sich teils auf die persönliche Stellung der Richter, teils auf die Stellung der gerichtlichen Behörden beziehen.

II. Die Stellung der ordentlichen Gerichte wird durch folgende Hauptsätze bestimmt:

a) Ausnahmegerichte sind unstatthaft. Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden (§ 16 G.V.G.). Das Gesetz bestimmt, welche Personen und Sachen vor die ordentlichen Strafgerichte gehören. Würde also etwa ein Landesgesetz entgegen dem Reichsrecht anordnen, dass an Stelle des reichsgesetzlich berufenenen ordentlichen Strafgerichts eine andere Behörde treten solle, so würde dieses andere Gericht ein Ausnahmegericht [3]) sein. Das Gesetz bestimmt aber auch das ordentliche Gericht, das im Einzelfalle zur Thätigkeit berufen ist. Diesem „gesetzlichen Recht" darf niemand etwa durch willkürliche Zuweisung eines Einzelfalles an ein gesetzlich nicht berufenes Gericht entzogen werden [4]).

b) Justiz und Verwaltung sind von einander getrennt, d. h. die ordentlichen Gerichte dürfen nicht gleichzeitig Verwaltungsbehörden sein. Aus-

---

[1]) Über diesen Ausdruck Wach I, 311. Er umfasst die „gesamte Gerichtsgewalt als Rechtspflegefunktion", also auch die Gerichtsschreiber und Gerichtsvollzieher in Ausübung der Thätigkeit, zu der sie das Prozessrecht beruft; vgl. auch v. Kries 112.

[2]) Ihnen entspricht auch, dass die Richter nicht über ihre Abstimmungen als Zeugen vernommen werden dürfen; E. XXVI, 204.

[3]) Vgl. v. Kries 113, Laband II, 351. Auch willkürliche Änderung des durch die Geschäftsverteilung bei den einzelnen Gerichten Bestimmten, etwa willkürliche Verweisung einer Sache von der Strafkammer, vor die sie nach der Geschäftsverteilung gehört, an eine andere, ist durch § 16 G.V.G. verboten. — Nach dem G.V.G. ist selbstverständlich auch die sog. Kabinetsjustiz, d. h. ein das Verfahren vor dem ordentlichen Gericht beeinflussender Eingriff des Staatsoberhauptes ausgeschlossen.

[4]) Bezüglich der Kriegs- und Standgerichte vgl. § 16 G.V.G. und dazu noch Art. 68 der R.V. und das dort erwähnte preussische Gesetz von 1851, das für Bayern nicht gilt; Löwe 4b zu § 16 G.V.G.

genommen sind nach § 4 E.G. z. G.V.G. die Geschäfte der Justizverwaltung[5]). Zu ihnen gehören z. B. auch die Gefängnisverwaltung und die Strafvollziehung[6]).

III. Die Unabhängigkeit der Gerichte wird gesichert durch die Unabhängigkeit der Stellung der Richter[7]). Ihre Ernennung erfolgt nach § 6 G.V.G. auf Lebenszeit[8]). Sie beziehen nach § 7 G.V.G. ein festes Gehalt mit Ausschluss von Gebühren[9]); sie können gegen ihren Willen nur unter den vom Gesetz in § 8 G.V.G. genannten Voraussetzungen und nur durch Richterspruch versetzt oder abgesetzt werden[10]), wegen „vermögensrechtlicher Ansprüche" der Richter aus ihrem Dienstverhältnis darf nach § 9 G.V.G. der Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden[11]). Zu beachten ist aber, dass alle diese „Garantien" nur für den fest angestellten Richter gegeben sind[12]).

**IV. a) Die ordentlichen Gerichte sind nur dem Gesetze unterworfen, d. h. sie haben auf den vor sie gebrachten Straffall die gültigen materiell- und prozessrechtlichen Bestimmungen anzuwenden, ohne in ihrer Auffassung und Anwendung der Rechtssätze etwa Anweisungen**

---

[5]) Nach den Motiven soll es zulässig sein, dass zwar nicht den Gerichten, wohl aber dem einzelnen Richter auch andere Verwaltungsgeschäfte übertragen werden. Auf die Bedenklichkeit dieser Auffassung weist mit Recht v. Kries 113 hin; vgl. auch Laband II, 368.

[6]) Vgl. § 483 St.P.O.; näheres unten. Solche Geschäfte der Justizverwaltung überträgt auch die Reichsgesetzgebung, z. B. in § 39 ff., § 63 ff. G.V.G. Alle diese Geschäfte sind nicht Geschäfte der Gerichtsbarkeit, nicht Bestandteile eines „Verfahrens in Strafsachen". Vgl. über die Justizverwaltung oben § 11 zu IV.

[7]) Nicht regelt das G.V.G. die Stellung des Gerichtsschreibers und Gerichtsvollziehers. Darüber bestimmt das Landesrecht das Nähere. Der Staatsanwalt bekleidet kein Gerichtsamt; über ihn unten.

[8]) Vgl. E. XVII, 396. Im Falle eines Thronwechsels ist Erneuerung des Eides nicht erforderlich.

[9]) Zu den „Gebühren" im Sinne des Gesetzes gehören nicht z. B. die Reisekosten und Diäten bei Amtshandlungen ausserhalb des Dienstortes, die der Richter als Entschädigung für im Dienst gemachte Aufwendungen erhält. Das Gesetz wollte nur ausschliessen, dass der Richter ganz oder zum Teil angewiesen werde auf Gerichtssporteln und Taxen oder widerrufliche Remunerationen; vgl. auch Hauck zu § 6 ff. G.V.G. und E. III 231, R. II, 508.

[10]) Verlust des Amtes als Folge der Verurteilung zu Strafe vgl. in §§ 31, 33, 35 St.G.Bs. Das Verfahren gegen den Richter regelt das G.V.G. nicht, es ist dem Reichs- und Landesrecht im einzelnen überlassen, vgl. Hauck zu § 6 ff. G.V.G. Der § 21 E.G. z. G.V.G. hat heute keine Bedeutung mehr. Zu § 8 vgl. noch § 13 E.G. z. G.V.G.

[11]) Das heisst: der Richter hat das Recht, seinen Anspruch vor dem ordentlichen Gerichte im Wege des Civilprozesses einzuklagen. Übrigens stehen die Sätze des G.V.G. § 6 ff. einer Dienstaufsicht über die Richter nicht entgegen; vgl. aber § 152 G.V.G.

[12]) „Ständig angestellte" Richter nennt sie G.V.G. § 69. Bezüglich der zur „zeitweiligen Wahrnehmung richterlicher Geschäfte" Berufenen, gilt Landesrecht nach § 10 G.V.G.; vgl. z. B. das preussische A.G. §§ 2, 3, und Art. 2 des hessischen A.G. Über die Hilfsrichter vgl. §§ 122, 134 G.V.G. und unten bei der Lehre von der Revision. Auf Schöffen und Geschworene finden die §§ 2 bis 9 G.V.G. keine Anwendung; vgl. § 11 G.V.G.

von Vorgesetzten unterworfen zu sein[13]). Dieser Satz gilt auch für die Gerichte, an denen Schöffen und Geschworene zum Strafrichteramt zugezogen werden. Auch der nichtrechtskundige Schöffe oder Geschworene hat nicht lediglich nach seinem Gerechtigkeitsgefühl, sondern nach den Gesetzen zu urteilen[14]).

b) Unsere Gesetze enthalten keine Bestimmung, die den Entscheidungen hoher Gerichtshöfe Gesetzeskraft beilegte. Daraus folgt, dass kein Gericht an diese Entscheidungen gebunden ist[15]).

## § 15.

## Die gerichtlichen Ämter und Behörden.

A. I. Die bei den Gerichtsbehörden zur Erledigung der Geschäfte der Gerichtsbarkeit thätigen Beamten nennt man Gerichtsbeamte. Gerichtsämter sind ausser dem Richteramt das Gerichtsschreiberamt und das Gerichtsvollzieheramt[1]). Diese Ämter lassen sich teilen in zwei Gruppen, in das richterliche Amt einerseits und die nichtrichterlichen Ämter anderseits.

II. Das Richteramt hat grundsätzlich die „Fülle der Gerichtsgewalt“ [2]). Bestimmte Geschäfte sind ihm entzogen und den anderen Gerichtsämtern überwiesen. Alle Handlungen, die ihm nicht ausdrücklich entzogen sind, ist der Richter befugt vorzunehmen. Insbesondere steht ihm allein die Urteilsfällung, die Prozessleitung, die Führung der Untersuchung zu.

III. Das Gerichtsschreiberamt. Der Gerichtsschreiber ist verfassungsmässiges Glied des Gerichts, nicht eine ausserhalb des

---

[13]) Wie das z. B. die staatsanwaltschaftlichen Beamten sind. Eine Bestimmung wie die des § 147 G.V.G. ist für die Gerichte nicht vorhanden; v. Kries 111. Die Vorgesetzten haben wohl ein Aufsichtsrecht über die ihnen Unterstellten, aber kein Anweisungsrecht, das sich auf die richterlichen Geschäfte bezöge; John II, 19. Eine Beschränkung enthält im gewissen Umfange § 398 St.P.O.; vgl. unten.

[14]) Über die sog. „Laien“ im Strafprozess unten.

[15]) Das ist unbestritten in der Theorie. Die Praxis steht thatsächlich oft auf einem anderen Standpunkt. Vgl. auch Ullmann 71 über das „Präjudizien-Unwesen“.

[1]) Vgl. über sie das Nähere unten. Der Staatsanwalt bekleidet kein Gerichtsamt.

[2]) Man nennt die letzte Gruppe von Beamten wohl auch „gerichtliche Nebenpersonen“. So Geyer 314; Dochow 41. Letzterer bezeichnet nur den Gerichtsvollzieher als Nebenperson; Glaser II, 104, Ullmann 159 ff.

[3]) Vgl. hier besonders Wach I, 320, Planck I, 111 ff.

Gerichts stehende Hilfskraft [3]). Grundsätzlich steht er zum Richter in der Stellung eines Untergebenen. Er hat bei seiner prozessualen Thätigkeit den Weisungen des Richters zu folgen. Aber das ist nicht bei allen Geschäften der Fall. Da wo es sich um die Beurkundung eines Protokolls handelt, handelt der Gerichtsschreiber nicht auf Anordnung des Richters, sondern unter eigener Verantwortlichkeit. Er beurkundet durch seine Unterschrift nur das, was er selbst wahrgenommen hat und hat, wenn seine Auffassung von der des Richters abweicht, nicht dem Richter nachzugeben [4]). Ihm liegt ob:

a) Die Beurkundung gerichtlicher Vorgänge, insbesondere die Beurkundung des Hauptverhandlungsprotokolles [5]) (§§ 166, 185 ff., 225, 271, 275, 308 u. s. w. St.P.O.);

b) die Entgegennahme und Beurkundung von Prozesshandlungen der Parteien. Insbesondere wirkt er mit bei Einlegung von Rechtsmitteln (§§ 341, 348, 355, 381 St.P.O.), sowie bei der Erhebung der Privatklage (§ 421 St.P.O.) [6]);

c) die Mitwirkung bei Zustellungen (§§ 37, 425, 430 St.P.O.);

d) die Erteilung von Ausfertigungen und Abschriften gerichtlicher Entscheidungen und Auszügen aus ihnen (§§ 275, 483 St.P.O.) [7]).

IV. Das Gerichtsvollzieheramt. Sein Geschäftskreis umfasst:

---

[3]) Wach I, 320, a. M. Kleinfeller, Die Funktionen des Vorsitzenden (1885) S. 4. Ob der Gerichtsschreiber zum „vorschriftsmässig besetzten Gericht" im Sinne des § 377 St.P.O. gehört, ist bestritten. Vgl. Wach a. a. O. Anm. 13, Seuffert zu § 513 C.P.O. u. unten.

[4]) Seine Unterschrift unter dem Protokoll hat, wo das Gesetz die Unterschrift des Richters und des Gerichtsschreibers verlangt, dieselbe Bedeutung wie die des Richters. Vgl. Planck I, 129, Ullmann 160, v. Kries 141, E. XVI, 147 ff.

[5]) Seine Unterschrift ist ein wesentlicher Bestandteil des Protokolles. Ohne sie hat es nach § 271 St.P.O. nicht die Beweiskraft des § 274 St.P.O. Wach I, 320 bemerkt mit Recht, dass es nicht darauf ankommt, ob der Gerichtsschreiber das Protokoll selbst geschrieben habe, sondern nur darauf, „ob er es kraft eigener Wissenschaft unterzeichnet" habe.

[6]) Vgl. noch §§ 385, 387, 406 St.P.O. u. s. w. auch hier schon E. II, 358, 444, IV, 7, R. II, 171, 215.

[7]) Der Gerichtsschreiber vermittelt weiter den Verkehr zwischen den Parteien, vor allem dem Beschuldigten und dem Gericht. Dies und anderes (Führen von Registraturen etc.) sind keine Handlungen in Ausübung der Gerichtsbarkeit und hier nicht weiter zu behandeln. Vgl. Wach I, 321.

a) die Zustellungen, z. B. die der Ladungen (§ 216 St.P.O.), sowie gerichtlicher Entscheidungen (§ 35 St.P.O.) u.s.w.[8]);

b) die Vollstreckungen von Vermögensstrafen und Bussen nach § 495 St.P.O.[9]).

B. I. Vom prozessualen Amt ist zu unterscheiden die prozessuale Behörde. Denken wir beim Amt an die Träger des Amts, die Beamten, so tritt dies zurück, wenn wir von der Behörde sprechen. Wir haben bei der Behörde im Auge das „ideelle Subjekt" derjenigen Rechte und Pflichten, welche mit der Führung der zu einem Amte geeinigten Geschäfte verknüpft sind"[10]). Die Beamten sind Organe der Behörde. Das Prozessrecht verlangt oft, dass nicht ein Beamter, sondern eine Mehrzahl von Beamten ein Beamtenkollegium, die Behörde bilden.

Die Geschäfte der Gerichtsbarkeit verlangen nach der St.P.O. das Zusammenwirken mehrerer gerichtlicher Behörden: des Gerichts[11]), der Gerichtsschreiberei, der Gerichtsvollzieherbehörde.

a) Die Gerichte werden, wenn vom Amtsgericht, dem nach § 22 G.V.G. „Einzelrichter vorstehen" abgesehen wird, als kollegiale Behörden thätig[12]). Sie bestehen aus einer bestimmten Anzahl von „Mitgliedern" einschliesslich des „Vorsitzenden"[13]). Dieser Vorsitzende ist also, wie aus dem Wortlaut des Gesetzes hervorgeht, Mitglied des Kollegiums; er ist nicht sein Vorgesetzter[14]). Er ist den beisitzenden Richtern nicht übergeordnet, sondern gleichgestellt. Er handelt, wenn er als

---

[8]) Auf die Zustellungen finden die Sätze der §§ 152 bis 190 C.P.O. Anwendung; vgl. § 37 St.P.O., auch §§ 357, 383 St.P.O. u. s. w. Vgl. über den Gerichtsvollzieher auch Planck I, 133 ff.

[9]) Der Gerichtsvollzieher ist (Wach I, 326) nicht auch Ladungsbeamter, er stellt nur die Ladungen zu (§ 38 St.P.O.), ladet aber nicht selbst. Vgl. aber den Wortlaut des § 155 G.V.G. Die Ladungen sind Sache der Staatsanwaltschaft (§ 213 St.P.O.) und des Beschuldigten (§ 217 St.P.O.); vgl. aber auch § 218 St.P.O. und im einzelnen unten.

[10]) Laband a. a. O. Vgl. zum Folgenden die Darstellung von Wach I, 323 ff. Es handelt sich bei Amt und Behörde um verschiedene Sachen: „Jeder Beamte hat ein Amt, aber nicht jeder Beamte bildet eine Behörde"; Wach I, 324; Ullmann 96 ff.

[11]) Solche Gerichtsbehörden sind die Strafkammern, die Schöffen- und Schwurgerichte etc.

[12]) Ihre Besetzung unten.

[13]) Vgl. z. B. § 77 G.V.G. Das Kollegium ist „nicht eine Mehrzahl von gemeinschaftlich handelnden Einzelnen, sondern die durch diese handelnde Einheit". Daraus ergeben sich eine Reihe von Folgerungen. Vgl. Wach I, 325, Ullmann 156 ff., Binding G. § 48.

[14]) Der „Vorsitzende" eines Kollegiums und der „Präsident" etwa des Landgerichts sind ganz verschiedene Begriffe. Der „Präsident" ist in seiner Thätigkeit nicht Organ der Gerichtsbarkeit, sondern seine Geschäfte sind solche der Justizverwaltung.

Mitglied des Kollegiums thätig wird, als dessen Organ[15]). Er steht nicht ausserhalb des Kollegiums[16]), sondern beteiligt sich an allen Abstimmungen und Entscheidungen des Kollegiums, wie jedes andere Mitglied; er ist in ihm „primus inter pares". Grundsätzlich ist der Wille der Majorität für die Art seines Vorgehens massgebend[17]).

Anders steht der Vorsitzende, wenn er ohne das Kollegium handelt. Er wird thätig als Vertreter des Gerichts, handelt nicht sowohl für, wie anstatt desselben und in einer Reihe von Fällen völlig selbständig, ohne dass das Kollegium seine Handlungen korrigieren könnte[18]).

b) Die Organisation der Gerichtsschreiberei ist vom G.V.G. im einzelnen der Reichs- bezw. Landesjustizverwaltung überlassen; § 154 G.V.G. Ähnlich steht es mit der Gerichtsvollzieherbehörde. Beide sind sie vom Gesetz als durch Einzelbeamte vertretene Behörden gedacht, nicht als solche mit kollegialer Verfassung[19]).

c) Keine besondere Behörde, sondern ein Organ des Gerichts und zwar des Kollegialgerichts ist der beauftragte Richter. Er ist „Mitglied" des Gerichts[20]), handelt im Auftrag des Gerichts, dem er selbst angehört[21]); er nimmt Handlungen vor an Stelle des eigentlich selbst zum Handeln verpflichteten Kollegiums[22]). Die Beauftragung ist nur insoweit zulässig, als sie das Gesetz ausdrücklich gestattet[23]), sie setzt voraus, dass das Gericht sie beschliesst[24]).

II. Nach § 12 G.V.G. wird die ordentliche streitige Gerichtsbarkeit ausgeübt durch Amtsgerichte, Landgerichte, Oberlandesgerichte und das Reichsgericht. Dabei ist aber zu beachten, dass

---

[15]) Wach I, 372.

[16]) Wird eine seiner Handlungen von irgend einer Seite beanstandet und hat das Gericht über die Beanstandung zu entscheiden, so nimmt der Vorsitzende an der Entscheidung über die Zulässigkeit der eigenen Anordnung teil, nicht etwa entscheiden die übrigen Mitglieder ohne ihn.

[17]) Vgl. z. B. § 237 Abs. 2 St.P.O.

[18]) Vgl. z. B. §§ 212, 218 St.P.O. und näheres unten. Dazu Ullmann 158.

[19]) Vgl. Wach I, 328.

[20]) Vgl. §§ 326, 337 u. s. w. St.P.O.

[21]) Er steht ähnlich wie der „Deputierte" oder „deputatus collegii" des früheren Prozesses. Vgl. Wetzell 415, Anm. 58.

[22]) Er ist nicht Vertreter des „Vorsitzenden". Er erledigt nicht Geschäfte des Vorsitzenden, sondern Geschäfte des Gerichts.

[23]) Vgl. §§ 222, 232, 409, auch 346 St.P.O.

[24]) Vgl. §§ 222 St.P.O., 337 C.P.O. Der Vorsitzende führt den Beschluss aus. Dass es sich beim Auftrag nicht um ein civilrechtlich zu beurteilendes Mandat handelt, ist selbstverständlich. Eingehend Wach I, 329 ff.

diese Gerichte „als solche keine beschliessenden und erkennenden Organe der Rechtspflege“ sind, dass sie vielmehr „staatliche Behörden“ sind, aus deren Mitte die beschliessenden, erkennenden und untersuchenden Rechtspflegeorgane hervorgehen, wie z. B. bei den Landgerichten die Untersuchungsrichter und die Strafkammern, bei den Amtsgerichten nach § 25 G.V.G. die Schöffengerichte, bei den Landgerichten nach § 79 G.V.G. die Schwurgerichte [25].

III. Auch dem G.V.G. und der St.P.O. ist die Unterscheidung zwischen Amt und Behörde bekannt, insbesondere unterscheiden die Gesetze Gericht und Richter, allerdings ohne es zu einer festen Terminologie gebracht zu haben. Die Absicht, überall wo der einzelne Richter zum Handeln berufen ist, vom „Richter“, in anderen Fällen vom „Gericht“ zu sprechen, ist nicht streng durchgeführt und daher immer im Einzelfall zu prüfen, was das Gesetz gemeint hat [26].

## § 16.
## Die Gerichtspersonen.
### (Ihre Fähigkeit zum Amt.)

I. Der Staat muss dafür Sorge tragen, dass seine Gerichtsbeamten die zur Erledigung der ihnen zufallenden Geschäfte erforderlichen Fähigkeiten besitzen. Er verlangt insbesondere von den Berufsgerichtsbeamten, vor allem vom Berufsrichter, die Rechtskenntnisse, die ihn befähigen, das Gesetz richtig anzuwenden. Das Reichsrecht hat die Frage nicht erschöpfend regeln wollen, hat vielmehr dem Landesrecht das meiste überlassen.

II. Zu unterscheiden ist zwischen dem Berufsrichter und den Richtern nicht von Beruf [1]), den Schöffen und Geschworenen. Das Mass der von beiden verlangten Eigenschaften ist verschieden.

1. Die § 2 ff. G.V.G. wollen nur das Mindestmass der Erfordernisse für jeden ständig angestellten Berufsrichter [2]) festsetzen.

[25]) Laband II, 293 meint, die in § 12 G.V.G. genannten Behörden seien gleichsam die „Cadres, innerhalb deren die erkennenden Gerichte zur Entstehung kommen“. Vgl. auch Löwe 3 zu 12 G.V.G.

[26]) Vgl. dazu ausführlich Löwe 2 zum I. Buch der St.P.O.

[1]) Binding, G. § 39 spricht von „beamteten Richtern“. Dabei ist zu beachten, dass auch der Schöffe und Geschworene, wie aus dem G.V.G. §§ 31 ff. hervorgeht, ein „Amt“ bekleidet, ohne allerdings „Beamter“ zu sein.

[2]) Die Sätze gelten nicht für den nach Landesrecht gemäss § 10 G.V.G. zur zeitweiligen Wahrnehmung richterlicher Geschäfte Befugten. Vgl. z. B. preussisches A.G. §§ 2 ff. und E. III, 231, R. II, 508. Natürlich darf das Landesrecht die von §§ 122, 152 G.V.G. gegebenen Sätze nicht ändern. Einzelnes bei v. Kries 118.



Wer sie nicht erfüllt, ist **absolut** unfähig zum Richteramt[3]). Die Bundesstaaten dürfen die Anforderungen höher[4]), aber nicht niedriger bemessen[5]).

a) Erforderlich ist dreijähriges Studium der Rechtswissenschaft[6]) auf einer Universität[7]), wovon mindestens drei Halbjahre auf Universitäten des Deutschen Reichs entfallen müssen, Bestehen eines ersten Staatsexamens[8]), mindestens dreijähriger Vorbereitungsdienst, notwendig bei den Gerichten und Rechtsanwälten, nicht notwendig bei der Staatsanwaltschaft oder bei Verwaltungsbehörden, endlich Ablegung einer zweiten Staatsprüfung[9]). Ein bestimmtes Lebensalter ist nur für die Ernennung zum Reichsgerichtsrat durch § 127 Abs. 2 G.V.G. vorgeschrieben.

b) Der ordentliche öffentliche Rechtslehrer[10]) an einer Universität des Deutschen Reichs[11]) hat als solcher die Fähigkeit zum Richteramt. Für ihn gilt der § 2 G.V.G. nicht[12]).

d) Wer die Fähigkeit zum Richteramt gemäss §§ 2 und 4 G.V.G. in einem

---

[3]) Über die sog. relative Unfähigkeit unten § 18.

[4]) Das ist in einer ganzen Reihe von Bundesstaaten geschehen. Preussen hat z. B. vierjährigen Vorbereitungsdienst, Bayern vierjähriges Universitätsstudium.

[5]) Ausserdem ist Erfordernis, gerade weil nichts ausdrücklich darüber bestimmt wird, männliches Geschlecht. Vgl. v. Kries 117, Binding G. § 39; weiter unbeschränkter Besitz der bürgerlichen Ehrenrechte (§§ 33, 35 u. s. w. St.G.B.). Auch bei Handlungen, die den Verlust der Ehrenrechte nicht zur Folge haben, kann das Disziplinarverfahren zur Amtsenthebung führen; vgl. § 8 G.V.G. und für die Richter am Reichsgericht §§ 128 bis 137 G.V.G.; dazu die Bemerkungen von Hauck. Endlich muss der Richter die erforderliche körperliche und geistige Gesundheit besitzen; bezüglich der Reichsgerichts-Mitglieder vgl. §§ 130, 131 G.V.G.; bezüglich der übrigen Richter gilt Landesrecht.

[6]) Man wird grundsätzlich verlangen müssen, dass der Studierende der juristischen Fakultät angehört. Von einem Studium der Rechtswissenschaft kann nicht die Rede sein, wenn etwa ein der medizinischen Fakultät Angehöriger nebenbei eine juristische Vorlesung gehört hat.

[7]) Im Gegensatz zu Akademien. Die Frage, ob die besuchte Anstalt als Universität im Sinne des § 2 G.V.G. zu gelten habe, kann bei ausländischen Anstalten zweifelhaft werden. Dass sich die Anstalt selbst als „Universität" bezeichnet, kann nicht ausschlaggebend sein.

[8]) Seine Einrichtung ist Sache der Bundesstaaten. Bei der Bestimmung des § 3 G.V.G. ist zu beachten, dass durch sie gemäss Art. 2 R.V. entgegenstehendes Landesrecht aufgehoben wird. Der § 3 giebt der Landesjustizverwaltung Rechte, keineswegs hat der Kandidat ein Recht, Zulassung bezw. Anrechnung zu verlangen.

[9]) Für die Hülfsrichter an den Hülfssenaten des Reichsgerichts ist eine weitere Voraussetzung in § 16 Abs. 3 E.G. z. G.V.G. enthalten. Für die Hülfsrichter am Oberlandesgericht vgl. § 122 G.V.G. Eine Übergangsbestimmung enthält § 22 E.G. z. G.V.G.

[10]) Also nicht die ausserordentlichen und Honorarprofessoren. Vgl. noch unten bei der Verteidigung.

[11]) Vgl. dagegen § 138 Abs. 1 St.P.O.

[12]) Wohl aber § 127 Abs. 2 G.V.G.

Bundesstaat erlangt hat, besitzt nach § 5 G.V.G. die Fähigkeit zu jedem Richteramt auch in den anderen Bundesstaaten [13]).

2. **Die Erfordernisse für das Amt des Laienrichters** [14]), wie man nicht passend [15]) Schöffen und Geschworene nennt, sind vom G.V.G. erschöpfend geregelt.

Das Amt des Schöffen und Geschworenen ist nach § 30 G.V.G. ein Ehrenamt und daher unentgeltlich zu versehen [16]). Zu den Ämtern ist nur ein Deutscher [17]) fähig, gegen den nicht einer der von § 32

---

[13]) Ein Recht auf Anstellung ist durch § 5 nicht erworben. Der § 5 hebt entgegenstehendes Landesrecht auf. Über die Frage nach die Stellung des § 5 G.V.G. zu dem bayrischen Reservatrecht bez. der Heimats- und Niederlassungsverhältnisse (Art. 43 R.V.) z. B. Hauck zu § 5 G.V.G.

[14]) Die Geschworenen in moderner Gestalt fanden Eingang in das französische Recht durch die Revolution. Über die geschichtliche Entwickelung der Geschworenengerichte aus der altgermanischen „inquisitio per testes" Brunner, Entstehung der Schwurgerichte (1872). Übersichtlich Binding G. § 7. Bei der Bewegung von 1848 waren die Schwurgerichte eine Hauptforderung. Die Schöffengerichte in ihrer heutigen Form wurden 1850 zuerst in Hannover eingeführt; v. Kries 127. In ähnlicher Gestalt führte sie 1855 Sachsen ein. Im Grunde verdankten die Geschworenen ihre Zuziehung weniger dem Misstrauen gegen den gelehrten Richter als vor allem dem gegen die Einrichtungen des Prozessrechts. Die Litteratur über die Frage ist eine ebenso ausgedehnte, als meist vollkommen unfruchtbare. Vielfach wurde zu Ungunsten des gelehrten Berufsrichters geltend gemacht, er pflege nach der Schablone zu arbeiten, verknöchere in seiner Thätigkeit u. s. w. Der Schöffe und Geschworene dagegen stehe mitten im praktischen Leben, er gehe nicht mit juristischer Spitzfindigkeit an die Sache heran, sondern mit offenen Augen und gesundem Menschenverstand, der Strafjustiz werde frisches Blut durch die Laien zugeführt u. s. w. Man vergisst dabei, dass die Aufgabe des Richters, auch des „Laien", eine juristische ist, dass der „Laie" viele Fragen entscheiden soll, die ihm oft nicht klar gemacht werden können. Immerhin hat der Schöffe wenigstens an dem Amtsrichter, mit dem er zusammensitzt, einen Halt, wogegen die Geschworenen sich selbst überlassen sind. Die ihnen erteilte Rechtsbelehrung (§ 300 St.P.O.) wird oft gar nicht oder falsch verstanden. Das erstrebenswerte Ziel — Kollegialgerichte mit Berufsrichtern besetzt — wird, nachdem aus der rein juristischen Angelegenheit eine parteipolitische Frage geworden ist, in absehbarer Zeit kaum zu erreichen sein. Die Laienrichter — passender wäre im Gegensatz zu den Berufsrichtern (man verzeihe den Ausdruck) Dilettanten- oder Sonntagsrichter — werden ihren Platz behalten. Eine Reform der Schwurgerichte ist aber notwendig; in seiner heutigen Gestalt ist das deutsche Schwurgericht eine „Missbildung"; Binding G. § 7 a. E. Eine ganz andere Stellung nehmen die Laien im Civilprozess, die Handelsrichter ein, sie sind technische Experten, die über die Sachen, die sie abzuurteilen haben, auch ein Urteil besitzen, und ausserdem den grossen Vorzug haben, dauernd, und nicht nur hier und da, thätig zu werden.

[15]) Es kommt vor, dass Professoren der Rechtswissenschaft, Richter und Assessoren ausser Dienst berufen werden.

[16]) Reisekosten werden nach §§ 55, 96 G.V.G. vergütet. Das nähere bestimmt Landesrecht. Es besteht eine Verpflichtung zur Annahme des Ehrenamtes, sofern nicht gesetzliche Ablehnungsgründe vorliegen; vgl. auch § 138 St.G.B.

[17]) Wer das ist, ergiebt sich aus dem R.Gesetz vom 1. Juni 1870. Dass nur ein Deutscher im Verfahren mitwirkt, ist notwendige Prozessvoraussetzung, Verstoss gegen § 31 G.V.G. ist Revisionsgrund; § 377 z. 1 St.P.O. Jeder Deutsche ist in jedem Bundesstaat fähig.

G.V.G. aufgezählten Unfähigkeitsgründe im Augenblick der Ausübung der richterlichen Thätigkeit[18]) vorliegt. Weder an ein bestimmtes Mass geistiger Kräfte[19]), noch an ein bestimmtes Vermögen ist die Fähigkeit zum Amte geknüpft. Die Gewähr, dass ungeeignete Personen nicht berufen werden, liegt in den Bestimmungen der §§ 36 ff. G.V.G.

III. Über die Fähigkeit zur Bekleidung der übrigen Gerichtsämter schweigt das G.V.G. Die Regelung ist für das Reichsgericht dem Reichskanzler, im übrigen den Bundesstaaten überlassen[20]).

## § 17.

## Die Gerichtspersonen.

### (Ihre Berufung zum Amt.)

I. Die Berufsgerichtsbeamten werden durch **staatliche Anstellung**[1]) zum Amte berufen[2]). Nach welchen Grundsätzen sie zu erfolgen hat, bestimmt, soweit nicht Reichsrechtssätze, z. B. über die Lebenslänglichkeit des Amtes u. s. w., in Frage kommen, das Staatsbeamtenrecht der einzelnen Bundesstaaten[3]). Die beim Reichsgericht anzustellenden Richter werden nach § 127 G.V.G. vom Kaiser auf Vorschlag[4]) des Bundesrats ernannt[5]).

II. Ausführlich und grundsätzlich[6]) erschöpfend behandelt das G.V.G. die Berufung der Schöffen und Geschworenen.

1. Die Auswahl der Schöffen.

a) Sie beginnt mit der Aufstellung der Urlisten in den Ortsgemeinden durch deren Vorsteher gemäss § 36 G.V.G.[7]). Dabei sind die §§ 33 und 34 G.V.G.

---

[18]) Vgl. E. II, 241, XXI, 292, XXV, 415 und 418, R. II, 225. Nur männliche Deutsche sind gemeint. Vgl. zu § 32 z. 1 G.V.G., §§ 31, 35 ff. u. s. w. St.G.B. Der § 32 z. 3 G.V.G. bezieht sich auf erklärte Verschwender und Gemeinschuldner. Vgl. auch John I, 297. Die Sätze der §§ 32 ff. G.V.G. gelten auch für Geschworene; vgl. § 85 Abs. 2 G.V.G.

[19]) Die in § 33 z. 4 Genannten sind nicht unfähig; vgl. den folgenden §, Ullmann 132.

[20]) Vgl. §§ 154, 155 G.V.G. und die A.G. der Bundesstaaten.

[1]) Anders z. B. bei nur zeitweiliger Wahrnehmung richterlicher Geschäfte; § 10 G.V.G. Vgl. preussisches A.G. § 2.

[2]) Vgl. Laband II, 431.

[3]) Es bestimmt auch die Höhe des Gehalts, die Benennung des Beamten u. s. w.

[4]) Diese Bestimmung geht hervor aus dem durch den Bundesrat ausgeübten Mitregierungsrecht der Bundesstaaten; Hauck 158.

[5]) Das Gehalt wird vom G.V.G. nicht festgesetzt.

[6]) Vgl. aber § 35 G.V.G. und preussisches A.G. § 33.

[7]) Die ausgelegte Liste ist Jedermann zugänglich und Jedermann ist gemäss § 37 zur Einsprache berechtigt. Die Einsprache kann rügen, dass jemand mit Unrecht aufgenommen oder nicht aufgenommen sei. Einsprachen- und Auslegungsfrist fallen zusammen. Übrigens können resp. müssen auch nach Ablauf der Frist Einsprachen berücksichtigt werden. Die Einsprachen sind vom Vorsteher zu protokollieren. Entscheidung über sie erfolgt nach § 41 G.V.G.

zu beachten[8]). Die dort Genannten sind zwar nicht zum Amte unfähig, aber sie sollen und zwar die in § 33 Erwähnten im Interesse einer guten Rechtspflege nicht berufen werden[9]). Bei den in § 34 Genannten[10]) lässt die anderweite amtliche Berufsthätigkeit eine Berufung im Interesse des Staatsdienstes nicht thunlich erscheinen.

b) Die Urlisten gehen nach § 38 G.V.G. mit den Einsprachen an das Amtsgericht[11]), zu dem die Gemeinde gehört, ebenso gehen dahin die etwa später erforderlich werdenden Berichtigungen der Urliste. Dort erfolgt gemäss § 39 G.V.G. die Zusammenstellung der Urlisten, worauf sie dem nach § 40 G.V.G. zusammentretenden Ausschuss[12]) vorgelegt werden. Aus seinen Beratungen geht hervor die berichtigte Urliste.

c) Aus ihr werden gemäss § 42 G.V.G. für das nächste Geschäftsjahr die Hauptschöffen und Hülfsschöffen[13]) ausgewählt. Für beide Klassen werden nach § 44 G.V.G. besondere Jahreslisten gebildet. Die Zahl der Auszuwählenden bestimmt nach § 43 G.V.G. die Landesjustizverwaltung.

---

[8]) Fehler des Ortsvorstehers können noch später unschädlich gemacht werden; vgl. § 42 G.V.G.

[9]) Den in § 33 Genannten steht jugendliches Alter, abhängige Stellung, Gebrechen (man denke an Schwerhörige, Blinde u. s. w.) entgegen. Werden sie dennoch berufen, so können sie die Übernahme des Amts verweigern. Massgebend ist auch hier nicht die Zeit der Listenanfertigung, sondern der amtlichen Thätigkeit. Vgl. noch R. VII, 554.

[10]) Welche Reichsbeamten zu den in § 34 genannten gehören, bestimmt das Reichsbeamtenrecht; vgl. auch § 25 Ges. v. 31. März 1873. Richterliche Beamten sind auch die an den Sondergerichten thätigen Berufsrichter, auch die noch nicht beschäftigten Gerichtsassessoren; Löwe 3 zu § 34 G.V.G. Über die Beamten der Staatsanwaltschaft unten. Wer zu den in z. 6 genannten Vollstreckungsbeamten gehört, bestimmt Landesrecht. Ebenso wer Religionsdiener und Volksschullehrer ist. Über den Begriff der aktiven Militärperson vgl. Hecker, Lehrbuch des Militärstrafrechts (1887) 21 ff. Bestritten ist, ob Offiziere zur Disposition hierher gehören; Litteratur bei Löwe 8b zu § 34 G.V.G. Die Civilbeamten der Militärverwaltung fallen nicht unter z. 9. Rechtsanwälte werden in § 34 nicht genannt. Die Landesgesetzgebung hat von der Erlaubnis des Schlussabsatzes des § 34 Gebrauch gemacht und bestimmte Klassen von Verwaltungsbeamten bezeichnet; § 33 Preuss. A.G.

[11]) Bis zu welchem Zeitpunkt dies zu geschehen hat, bestimmt nach § 57 G.V.G. die Landesjustizverwaltung.

[12]) Er, nicht der Amtsrichter entscheidet über die Einsprachen, soweit sie die zum Schöffendienst Ausgewählten betreffen; § 41 G.V.G. Bezüglich der Geschworenen § 89 G.V.G. Über den Ausschuss vgl. Preuss. A.G. §§ 34 ff. Die Sitzungen des Ausschusses sind nicht öffentlich. Über die Vergütung der Reisekosten § 55, über Ordnungsstrafen § 56 G.V.G.

[13]) Über die Ergänzungsschöffen § 194 G.V.G. und unten. Die Hülfsschöffen treten ein, wenn ein Hauptschöffe, sei es überhaupt (z. B. durch Tod) oder für eine Sitzung (z. B. durch Krankheit) wegfällt. Im ersten Falle tritt der Hülfsschöffe für den Rest des Jahres an Stelle des weggefallenen; so auch Löwe 7a zu § 42. Auch die Ergänzungsschöffen sind aus der Liste der Hülfsschöffen zu nehmen. Über die Zuziehung von Hülfsschöffen handeln auch §§ 48 und 49 G.V.G.; vgl. Löwe 4 und 5 zu § 48. Der § 49 gilt für die ordentlichen wie ausserordentlichen Sitzungen. Es fällt auch der Fall unter ihn, dass ein Schöffe gemäss §§ 22, 24 St.P.O. ausgeschlossen ist; in diesem Falle tritt der Hülfsschöffe für diese bestimmte Sache ein. Näheres bei Löwe zu § 49.



d) Die Tage der ordentlichen Schöffensitzungen werden nach § 45 G.V.G. im voraus bestimmt und für jeden Tag die erforderlichen Schöffen nach § 45 Abs. 2 im voraus ausgeloost[14]). Die Mitteilung dieser Tage an die ausgeloosten Hauptschöffen erfolgt gemäss § 46 G.V.G. durch den Amtsrichter. Der § 47 G.V.G. soll verhindern, dass mit Bezug auf einzelne bestimmte Strafsachen willkürliche Änderungen in der Gerichtsbesetzung stattfinden. Die Berufung der Schöffen erfolgt auf einen bestimmten Tag. Der § 50 G.V.G. bezieht sich auf den Fall, dass eine Sitzung an dem für sie festgesetzten Tage nicht zu Ende geführt werden kann und bestimmt, dass in der Fortsetzung der Sitzung[15]) die Schöffen weiter thätig zu werden haben. Den Schluss des Verfahrens bildet die Beeidigung des Schöffen[16]) vor der ersten Sitzung, an der er teilnimmt. Die Beeidigung erfolgt nach § 51 G.V.G. für das ganze Geschäftsjahr, nicht für die einzelne Sache[17]).

e) Auch nach Beendigung der Thätigkeit des Ausschusses kann die Abänderung der Jahreslisten dadurch erforderlich werden, dass das Fehlen eines der von §§ 31 und 32 G.V.G. verlangten Erfordernisses zu Tage tritt; nach § 52 Abs. 1 G.V.G. ist der Unfähige von der Liste zu streichen. Ergeben sich Umstände, die §§ 33 und 34 vorsehen, so ist der Schöffe „zur Dienstleistung ferner nicht heranzuziehen“[18]). Die Entscheidung trifft gemäss § 52 Abs. 4 G.V.G. der Amtsrichter. Ebenso entscheidet er darüber, ob ein Schöffe auf seinen Antrag nach § 54 G.V.G. von der Dienstleistung entbunden werden soll[19]).

2. Die Auswahl der Geschworenen:

a) Die Urlisten enthalten, da die Erfordernisse für das Schöffen- und Geschworenenamt nach §§ 84 und 85 G.V.G. die gleichen sind, auch die für den Geschworenendienst in Frage kommenden Personen.

---

[14]) Dazu Löwe 3 u. 4 zu § 45 G.V.G.

[15]) Wird die Frist des § 228 St.P.O. nicht innegehalten, so findet § 50 nicht Anwendung. Löwe 1 zu § 50 G.V.G. ist der Meinung, dass es sich auch bei Innehaltung des von § 228 gesetzten Zeitraums nicht um die „Erstreckung einer Sitzung“, sondern um eine neue Sitzung handle, also § 50 auf diesen Fall nicht Anwendung finde. Gegen ihn Stenglein 3 zu § 50, v. Kries 134. Der § 50 findet Anwendung, auch wenn die Sitzung sich in ein neues Geschäftsjahr erstreckt.

[16]) Sie ist generell; anders bei den Geschworenen, die für den speziellen Fall beeidigt werden. Dass der Schöffe ordnungsmässig beeidigt sei, ist notwendige prozessuale Voraussetzung. Ohne Beeidigung der Schöffen wäre das Gericht nicht ordnungsmässig besetzt; § 375 z. 1 St.P.O. Bezüglich der von § 51 G.V.G. erwähnten „Religionsgesellschaften“ unten beim Zeugenbeweis.

[17]) Sie ist anders als die Beeidigung der Geschworenen kein Teil der Hauptverhandlung. Deshalb ist Anwesenheit des Angeklagten und Staatsanwalts bei ihr nicht erforderlich.

[18]) An Stelle des Weggefallenen tritt gemäss § 42 z. 2 ein Hülfsschöffe. Ersatz eines wegfallenden Hülfsschöffen sieht G.V.G. nicht vor. Einzelnheiten vgl. bei Löwe 6 u. 7 zu § 52 G.V.G.

[19]) Eine Beschwerde wegen Ablehnung des Gesuchs giebt es nicht. Zu beachten ist, dass es sich bei der Thätigkeit des Amtsrichters nach § 52, 54 G.V.G. nicht um Handlungen der Gerichtsbarkeit handelt, sondern um Geschäfte der Justizverwaltung. Das Verfahren ist kein solches „in Strafsachen“. Daraus folgt z. B., dass hier die Sätze der §§ 22 ff. St.P.O. nicht Anwendung finden. Auch Anhörung der Staatsanwaltschaft (§ 33 St.P.O.) ist nicht erforderlich.

b) Der Ausschuss schlägt gemäss § 86 G.V.G. aus der Urliste dem Landgericht die nach § 86 G.V.G. erforderliche Zahl[20]) von Personen zum Geschworenenamt vor, indem er sie nach § 88 G.V.G. in die Vorschlagsliste aufnimmt.

c) Aus dieser wählt das Landgericht[21]) nach Erledigung der etwa vorliegenden Einsprachen Haupt- und Hülfsgeschworene, die, eine jede Klasse für sich, nach §§ 89, 90 G.V.G. in Jahreslisten[22]) zusammengestellt werden.

d) Aus der Jahresliste für die Hauptgeschworenen wird schliesslich zu der von § 91 G.V.G. angegebenen Zeit für die einzelne Sitzungsperiode die dreissig Hauptgeschworene enthaltende Spruchliste ausgeloost[23]). Sie geht nach § 92 G.V.G. an den Vorsitzenden des Schwurgerichts. In den Händen des Vorsitzenden liegt die von § 93 G.V.G. besprochene Ladung[24]), in seinen Händen bis zum Zusammentritt des Schwurgerichts auch die Entscheidung über die von Geschworenen geltend gemachten „Ablehnungs-" und „Hinderungsgründe". Später entscheiden über sie die „richterlichen Mitglieder des Schwurgerichts" nach § 94 G.V.G.[25]). Einen Ersatz des weggefallenen Hauptgeschworenen ermöglicht § 94 Abs. 2 G.V.G.[26]).

e) Das weitere Verfahren bei der Berufung der Geschworenen bis zur Be-

---

[20]) Die Justizverwaltung bestimmt die Zahl für Haupt- und Hülfsgeschworene gesondert; § 89 Abs. 2 G.V.G. Die Zahl richtet sich nach der für das Geschäftsjahr vorgesehenen Zahl von Sitzungsperioden des Geschworenengerichts; vgl. Löwe 2 zu § 86.

[21]) Das „Landgericht" im Sinne des § 89 ist nicht eine Strafkammer, sondern eine zu dem Zwecke der Geschworenenwahl zusammentretende besonders geschaffene Abteilung; die §§ 62, 63 G.V.G. finden nicht Anwendung. Der § 89 schreibt die Zuziehung der Direktoren vor; vgl. v. Kries 136, a. M. Löwe 4, Stenglein 1 zu § 89 G.V.G. Die Sitzung ist nicht öffentlich, die Staatsanwaltschaft nimmt nicht teil, die Zuziehung eines Gerichtsschreibers ist nicht vorgeschrieben aber zweckmässig; v. Kries 136 Anm. 2, aber auch Löwe 5, Stenglein 1 zu § 89.

[22]) Der § 95 G.V.G. entspricht dem § 50 G.V.G. Eine besondere Liste von Hülfsgeschworenen ist im Falle des § 98 Abs. 2 G.V.G. zu bilden.

[23]) Die Teilnahme der Staatsanwaltschaft und des Gerichtsschreibers wird von § 91 G.V.G. ausdrücklich verlangt. Innehaltung der Regeln ist notwendige prozessuale Voraussetzung. Mitwirkung eines nicht ordnungsmässig Ausgeloosten würde unter § 377 z. 1 St.P.O. fallen.

[24]) Verkürzung der von § 93 Abs. 2 G.V.G. bestimmten Frist berechtigt den Geschworenen nicht zum Nichterscheinen; die Bestimmung ist instruktionell; Löwe 3 zu § 93 G.V.G.

[25]) Der § 94 G.V.G. bezieht sich sowohl auf Entlassung eines Geschworenen für die Sitzungsperiode wie für den einzelnen Tag. Die Gründe des § 94 können solche aus §§ 33, 34 u. s. w. G.V.G., also Rechtsgründe sein, oder auch thatsächliche Gründe, die aus Billigkeitsrücksichten zu beachten sind. Die Unfähigkeitsgründe des § 32 G.V.G. erwähnt § 94 nicht. Sie sind, auch wenn sie nicht geltend gemacht werden, von Amts wegen jederzeit zu berücksichtigen, wie § 279 St.P.O. zeigt, noch in der Hauptverhandlung; Löwe 2, Stenglein 1 zu § 94. Zu beachten ist, dass § 53 G.V.G. für die Geschworenen nicht gilt; § 96 G.V.G.

[26]) Es handelt sich um die für die ganze Sitzungsperiode entlassenen. Diese Ergänzung aus der Liste der Hauptgeschworenen ist nach Beginn der Sitzungsperiode nicht mehr möglich; Lücken sind dann nach § 280 St.P.O. aus der Liste der Hülfsgeschworenen auszufüllen. Bei Ergänzung nach § 94 Abs. 2 G.V.G. handelt der Vorsitzende allein; § 91 G.V.G. gilt nicht. Natürlich ist die Ergänzung nicht deshalb anfechtbar, weil etwa doch noch zwei Richter dabei waren; E. II, 312, V, 21, R. II, 296, III, 530.



eidigung ist ein Teil der Hauptverhandlung und wird in §§ 277 ff. St.P.O. geschildert [27]).

III. Das G.V.G. geht davon aus, dass der Berufung zum Ehrenamt des Schöffen oder Geschworenen bei der von §§ 56, 96 G.V.G. bestimmten Strafe [28]) jeder Folge leisten muss, [29]) dem nicht einer der von § 35 G.V.G. aufgeführten Ablehnungsgründe [30]) zur Seite steht. Zu beachten ist, dass das G.V.G. dem im Widerspruch mit § 97 G.V.G. zum Schöffen und Geschworenen [31]) Berufenen kein Ablehnungs- oder Wahlrecht giebt, sondern dass er das Amt übernehmen muss, zu dem die Einberufung zuerst erfolgt.

IV. Die Schöffen und Geschworenen erhalten nach §§ 55 und 96 G.V.G. baare Vergütung der Reisekosten [32]), ebenso die Mitglieder des Ausschusses.

## § 18.

### Die Gerichtspersonen.

(Ihre Ausschliessung und Ablehnung.)

I. Von der Fähigkeit, zum Gerichtsamt „in abstracto" ist zu scheiden die Fähigkeit, das Amt im einzelnen Falle auch auszuüben, die Fähigkeit „in concreto".

---

[27]) Vgl. unten beim schwurgerichtlichen Verfahren.

[28]) Die Strafen sind Ordnungsstrafen, daher ist § 28 St.G.B. nicht anwendbar. Anders liegen die Fälle des § 138 St.G.B.; Löwe 5 zu § 56 G.V.G. Kosten können z. B. erwachsen dadurch, dass eine Sitzung vertagt werden muss. Die „Verurteilung" erfolgt durch Beschluss; vgl. auch ähnlich § 69 St.P.O. und darüber unten. Im einzelnen vgl. die Bemerkungen bei Löwe zu § 56 G.V.G. und R. I, 810. Seinen Obliegenheiten entzieht sich z. B. auch der Schöffe, der die Eidesleistung oder die Abstimmung weigert.

[29]) Vgl. darüber Laband II, 432, der auf die allgemeine Wehrpflicht als Analogon hinweist. Die Schöffen und Geschworenen bekleiden ein „Amt", ohne dass sie Beamte wären; vgl. aber § 334 St.G.B., Laband II, 442.

[30]) Es handelt sich um Erfüllung einer staatsbürgerlichen Pflicht, Ullmann 130, Laband II, 432, und zwar einer allgemeinen, soweit nicht Ausnahmen gesetzlich bestehen. Schon der Ausschuss kann die geltend gemachten Ablehnungsgründe berücksichtigen; Löwe 2 zu § 35 G.V.G. Die in § 35 z. 1 Genannten haben auch ausserhalb der Sitzungsperiode ein Ablehnungsrecht. Der Erfüllung nach z. 2 steht es gleich, wenn der Schöffe bei Gericht erschien, aber von den Parteien abgelehnt wurde. Vgl. E. XII, 373. Zu z. 3 ist der Begriff des Arztes ein anderer als in § 52 Abs. 3 St.P.O.; auch Tierärzte haben ein Ablehnungsrecht. Natürlich handelt es sich nur um approbierte Ärzte. Zu beachten ist, dass die Ablehnung beim Schöffen nach § 53 G.V.G. an eine Frist gebunden ist, während das beim Geschworenen nach § 94 G.V.G. nicht der Fall ist.

[31]) Oder auch mehrmals zum Schöffen, was bei mehrfachem Wohnsitz möglich ist. Zwischen Haupt- und Hülfsschöffen etc. wird nicht unterschieden.

[32]) Ihre Höhe bestimmt Landesrecht; vergl Preuss. A.G. § 36.

II. Liegen gegen einen Richter Gründe vor, die in einem einzelnen Fall seine Unbefangenheit trüben können, so hat er der Sache fern zu bleiben [1]). Das Gesetz teilt diese Gründe in zwei Gruppen:

a) Die Ausschliessungsgründe. Beim Vorliegen der von §§ 22 und 23 St.P.O. angeführten Gründe verlangt das Ansehen der Rechtspflege ohne weiteres die Fernhaltung des Richters. Der Richter ist kraft Gesetzes ausgeschlossen [2]); er ist „judex inhabilis“ [3]) im Sprachgebrauch der früheren Zeit.

---

[1]) Vgl. auch Ullmann 163 ff.

[2]) Ullmann nennt die Gründe des § 22 St.P.O. auch Unfähigkeitsgründe. Der Begriff des Verletzten in § 22 z. 1 ist enger zu fassen, als in § 170 St.P.O. Verletzt ist nur der durch die Strafthat unmittelbar betroffene, der Träger des angegriffenen Rechtsguts. So E. XXIII, 361, v. Liszt § 44, III, auch Binding I, 615. Es muss sich nach § 22 z. 1 um eine „propria causa“ des Richters handeln. So auch E. XXIV, 342, nach der ein beleidigender Angriff gegen den preussischen Richterstand nicht unter § 22 z. 1 St.P.O. fällt, v. Kries 119, Löwe 4 zu § 22; vgl. auch John I, 314 ff. A. M. Ullmann 167, Glaser II, 109, Geyer 350. Verletzt ist z. B. auch der Richter, der als Konkursgläubiger nicht voll befriedigt ist; E. XI, 223, XXI, 291, aber auch E. XXIII, 361. Ebenso wie der persönlich Beleidigte ist auch der im Amt oder in Rücksicht auf sein Amt beleidigte Richter „Verletzter“, Löwe 5a zu § 22, Glaser a. a. O. Der Richter muss durch „die“, d. h. die zur Aburteilung stehende Handlung verletzt sein; der Richter, der bei Gelegenheit eines Prozesses beleidigt wird, ist nicht ausgeschlossen. Der Richter, der den Strafantrag stellte, ist deshalb nicht ohne weiteres ausgeschlossen, sondern nur, wenn er zugleich Verletzter ist. Das ist z. B. im Falle des § 196 St.G.B. nicht der Fall. Wohl kann aber der Richter von den Parteien abgelehnt werden. Über die Bedeutung dieser Unterscheidung gleich unten. Vgl. auch v. Kries 120, R. IV, 207, a. M. John I, 315, Glaser II, 113, Löwe 3 zu § 22 St.P.O., auch noch R. V, 333. Eine Ausschliessung eines „Gerichts“ giebt es nicht, nur eine solche der einzelnen Gerichtspersonen; vgl. Löwe 3 vor § 22 St.P.O., auch E. XXV, 129. Vormund ist auch der Gegenvormund, aber nicht der Pfleger; E. XI, 223. Eheliche und aussereheliche Verwandtschaft stehen einander gleich; es gilt hier das gleiche wie bei dem § 51 z. 3 St.P.O. Über die zu ihm ergangenen Entscheidungen unten beim Zeugenbeweis. Die Nähe der Verwandtschaft ist nach Civilrecht zu berechnen; das „bis“ heisst einschliesslich. Der mit dem Staatsanwalt oder Verteidiger verwandte Richter ist ablehnbar. Anders z. B. das österreichische Recht. „In der Sache“ heisst in der vor dem Richter zur Verhandlung stehenden Sache; vgl. E. XVII, 173. Beamter der Staatsanwaltschaft ist ebenso wie der Assessor, der als Beamter der Staatsanwaltschaft auftrat, auch der Referendar, der in einer Sitzung den Amtsanwalt vertrat; E. VII, 136. Welcher Art seine Thätigkeit war, ist ganz gleichgiltig; E. XXVIII, 53. Der Polizeibeamte muss in der Sache bei ihrer Erforschung u. s. w. thätig gewesen sein; E. XVII, 415, XVIII, 402, Nur der wirklich als Zeuge Vernommene fällt unter § 22 St.P.O.; E. XII, 180, XVII, 173, R. VI, 161, VII, 265, X, 196. Der Dolmetscher ist nicht Sachverständiger. Eine Ausdehnung der Ausschliessungsgründe durch Landesrecht wäre unzulässig; eine solche liegt z. B. nicht in Art. 5 Bayr. A.G. zum G.V.G., welcher die Verwandtschaft der Richter unter einander u. s. w. behandelt. Der Richter als Verlobter der Verletzten oder Beschuldigten ist nicht ausgeschlossen, kann aber nach § 24 St.P.O. abgelehnt werden.

[3]) Auch die in § 23 Abs. 2 u. 3 St.P.O. Genannten sind „kraft Gesetzes“ ausgeschlossen, obwohl das Gesetz das dort nicht ausdrücklich wiederholt; E. II, 209.

b) **Ablehnungsgrund** ist jeder Grund, der geeignet ist, **Misstrauen gegen die Unparteilichkeit des Richters zu erwecken** [4]). Eine Aufzählung dieser Gründe hat das Gesetz nicht versucht [5]). Der Richter, gegen den ein solcher Grund vorliegt, ist nach früherem Sprachgebrauch „**judex suspectus**“.

III. Die Bedeutung der **Ausschliessungs-** und **Ablehnungsgründe** ist verschieden.

a) Der ausgeschlossene Richter **darf in der Sache zu keiner Zeit und in keiner Weise thätig werden** [6]), der **Ablehnbare hat in der Sache so lange mitzuwirken, als nicht gegen ihn ein Ablehnungsgesuch geltend gemacht wird** [7]).

b) **Der Ausschliessungsgrund muss seitens des Gerichts von Amts wegen** berücksichtigt werden. **Den Ablehnungsgrund darf das Gericht nur berücksichtigen, wenn er von einem Ablehnungsberechtigten geltend gemacht wird** [8]).

c) **Ablehnung kann nur bis zu dem von § 25 St.P.O. bestimmten Zeitpunkt im Prozess** erfolgen. Ist dieser verstrichen, so muss der Richter trotz Vorliegens eines Ablehnungsgrundes in der Sache thätig bleiben. Das Vorliegen

---

Der § 23 ist aber nicht ausdehnend auszulegen. So ist nach Abs. 1 nur der bei der angefochtenen Entscheidung mitwirkende Richter ausgeschlossen, nicht also der in der Vorinstanz z. B. als beauftragter Richter thätige. Über den Begriff des Rechtsmittels unten. Untersuchungsrichter ist der Richter, der die ganze Voruntersuchung in einer Sache führte, sowie sein Vertreter, also auch der Richter, den § 183 St.P.O. nennt; E. IV, 342, XVIII, 269, R. II, 51. Nicht fällt unter § 23 Abs. 2, der Richter, der einzelne Untersuchungshandlungen vornahm; R. VII, 302, John I, 323, Ullmann 169. Vgl. weiter R. II, 409, 360. Die Voruntersuchung ist „geführt“ von dem Untersuchungsrichter, der mindestens eine Untersuchungshandlung, insbesondere eine Vernehmung vornahm; E. XVIII, 269, aber auch E. II, 314, X, 285, XXI, 285, XXVIII, 358, R. II, 51, III, 155, V, 752. Weitere Entscheidungen bei Löwe 7 b zu § 23 St.P.O. Dass Abs. 3 des § 23 nur für die Strafkammer gilt, geht aus dem Wortlaut hervor; R. V, 432, VI, 64; er gilt aber für sie auch als Berufungsgericht. Beschlüsse gemäss §§ 199, 200 St.P.O. fallen nicht unter § 23 Abs. 3; E. III, 81, XII, 308, XXV, 345, auch G. 42, 132, R. II, 592, VII, 370, vgl. auch noch E. VIII, 82 und E. II, 209. Der Richter, der in anderer als der von § 23 genannten Art in der Sache mitwirkte, ist deshalb nicht ausgeschlossen, wohl kann er aber deshalb unter Umständen abgelehnt werden; vgl. E. XIX, 332, R. IV, 527. Zu beachten ist, dass § 23 Abs. 3 St.P.O. nicht auf das Reichsgericht Anwendung findet.

[4]) Wenn § 24 St.P.O. auch den kraft Gesetzes ausgeschlossenen Richter erwähnt, so hat er z. B. den Fall im Auge, dass einem Richter das Vorliegen eines Ausschliessungsgrundes nicht bekannt war.

[5]) Vgl. noch Löwe 2a zu § 24, aber auch John I, 336. Man spricht auch von Recusationsgründen; eingehend Ullmann 172 ff. Auf dem Beschuldigten ungünstige Rechtsanschauungen des Richters kann ein Ablehnungsgesuch nicht gestützt werden; M. VIII, 195.

[6]) Auch nicht, wenn der § 29 St.P.O. zutrifft, a. M. nur John I, 311.

[7]) Der Ausgeschlossene ist „ipso jure“ verhindert, der Abgelehnte „ope exceptionis“. Vgl. dazu Wach I, 334, Ullmann 179 ff.

[8]) Oder wenn § 30 St.P.O. vorliegt. Vgl. noch unten § 19.

[9]) Vgl. R. VIII, 356.



eines Ausschliessungsgrundes muss dagegen während des ganzen Laufes des Verfahrens vom Gericht beachtet werden.

d) Wegen der Mitwirkung eines ausgeschlossenen Richters können die Parteien in vielen Fällen [10]) das Urteil oder andere im Prozesse ergangene Entscheidungen anfechten, auch wenn sie im Verfahren den Fehler nicht gerügt haben. Wegen der Mitwirkung eines ablehnbaren aber nicht rechtzeitig abgelehnten Richters kann eine Entscheidung nicht angefochten werden [11]).

VI. a) Der § 22 St.P.O. findet auf Schöffen und Geschworene Anwendung [12]).

b) Der Schöffe kann in gleicher Weise abgelehnt werden, wie der Berufsrichter. Für die Ablehnung der Geschworenen gilt Besonderes nach § 283 St.P.O. [13]).

V. Für die übrigen Gerichtspersonen gilt Folgendes:

a) Auf die Ausschliessung des Gerichtsschreibers findet § 22 St.P.O. [14]) Anwendung. Der § 23 St.P.O. passt hier nicht, kann also nicht „entsprechend“ angewendet werden [15]).

b) Der Gerichtsvollzieher ist in den Fällen des § 156 G.V.G. zu II kraft Gesetzes ausgeschlossen [16]). Eine Ablehnung ist dem G.V.G. und der St.P.O. unbekannt.

## § 19.

## Das Ablehnungsverfahren.

I. Das Ablehnungsverfahren findet auf Grund des von einem Ablehnungsberechtigten gestellten Gesuches vor Gericht statt, um eine Entscheidung über das Vorhandensein

[10]) Vgl. § 377 St.P.O. und Näheres unten. Die Anfechtung der Entscheidung ist auch dann möglich, wenn im Prozesse das Vorliegen des Ausschliessungsgrundes gar nicht bekannt war. Vgl. auch v. Kries 122 ff.

[11]) Der mit Recht abgelehnte ablehnbare Richter steht dem ausgeschlossenen gleich; § 377 z. 3. St.P.O.

[12]) Vgl. §§ 31 und 32 St.P.O. Der § 23 kommt hier kaum in Frage. Der Fall, dass jemand, der als Schöffe thätig war, später einen Richterposten erhält, (Löwe zu § 31), passt nicht hierher. Dann handelt es sich eben nicht mehr um die Ablehnung eines Schöffen, sondern um die eines Richters. Einen besonderen Fall der Ausschliessung von Geschworenen vgl. in § 317 St.P.O.

[13]) Vgl. darüber unten beim schwurgerichtlichen Verfahren.

[14]) Darüber, welche Folgen es hat, wenn gegen § 22 St.P.O. verstossen wird, vgl. unten bei der Revision.

[15]) Vgl. § 31 St.P.O. **R. III**, 789 entscheidet mit Recht, dass in allen Abschnitten des Verfahrens und in den verschiedenen Instanzen in derselben Sache derselbe Gerichtsschreiber thätig sein darf. Vgl. v. Kries 141.

[16]) Wenn der Gerichtsvollzieher trotzdem thätig würde, so wäre Beschwerde zulässig. Auch würde z. B. ein Widerstand gegen ihn nicht nach § 113 St.P.O. strafbar sein. Wenn man sagt, die Handlung eines ausgeschlossenen Gerichtsvollziehers sei „nichtig“, so ist das sehr bedenklich. Vgl. Löwe und Stenglein zu § 156 G.V.G., ebenso die Motive. Näheres über die „Nichtigkeit“ unten.

eines Ablehnungsgrundes[1]) gegen eine Gerichtsperson herbeizuführen[2]).

II. Die Ablehnung des Richters.

1. Ablehnungsberechtigt sind nach § 24 St.P.O. die Staatsanwaltschaft, der Privatkläger und der Beschuldigte. Zu ihnen tritt der Nebenkläger, der nach § 370 St.P.O. die Rechte des Privatklägers hat, und die Verwaltungsbehörde (§§ 464, 467 St.P.O.). Auch dem für den abwesenden Angeklagten auftretenden Verteidiger oder Vertreter nach §§ 232 und 322 St.P.O., sowie dem den Privatkläger nach § 488 St.P.O. vertretenden Rechtsanwalt muss man dieses Recht zugestehen[3]). Ebenso wie ein von den Genannten angebrachtes Gesuch wird nach § 30 St.P.O. die Anzeige behandelt, die ein Richter von dem Bestehen eines seine Ablehnung rechtfertigenden Verhältnisses macht; man spricht hier ungenau von einer Selbstablehnung[4]).

2. Das Ablehnungsgesuch ist an eine Form nicht gebunden; es kann schriftlich eingereicht oder nach § 26 St.P.O. zu Protokoll des Gerichtsschreibers gegeben oder nur mündlich dem Gericht vorgetragen werden; letzteres ist für die mündliche Verhandlung die Regel. Dagegen ist es befristet, insofern es dem in der Hauptverhandlung mitwirkenden Richter gegenüber[5]) nur bis zu dem in § 25

---

[1]) Bei der Geltendmachung eines vom Gericht unberücksichtigt gebliebenen Ausschliessungsgrundes nach § 24 St.P.O. handelt es sich nicht um ein Ablehnungsgesuch im Sinne des Gesetzes. Der Umstand ist von Amts wegen zu berücksichtigen. Nicht alles, was §§ 24 ff. bestimmen, gilt hier. Es können andere als die nach § 24 Abs. 3 Berechtigten den Grund geltend machen, Glaubhaftmachung nach § 26 St.P.O. ist nicht nötig u. s. w. Vgl. Löwe 1 zu § 24, John I, 335.

[2]) Die Geschworenen sind hier auszuscheiden; es finden auf ihre Ablehnung die §§ 283 ff. St.P.O., nicht die §§ 24 ff. Anwendung.

[3]) Der Beistand (§ 149 St.P.O.) hat kein Ablehnungsrecht, ebensowenig der Verletzte nach § 170 St.P.O., a. M. John I, 337. Der § 24 Abs. 3 spricht zu eng von „Entscheidungen". Die Bekanntmachung hat auch dann zu erfolgen, wenn es sich um eine andere amtliche Thätigkeit, z. B. eine Beweisaufnahme handelt; so auch Löwe 5a, Stenglein 3 zu § 24 St.P.O., a. M. John I, 338. Eine Revision kann auf die Verweigerung der Namhaftmachung der Gerichtspersonen nicht gestützt werden; E. XXIX, 62.

[4]) Ein Recht sich abzulehnen hat der Richter nicht; entscheidet das Gericht, ein Ablehnungsgrund liege nicht vor, so hat der Richter weiter mitzuwirken; Löwe 3 zu § 30 St.P.O. Ob und inwieweit der Richter eine Pflicht zur Anzeige habe, ist bestritten. Da die Ablehnung nicht lediglich im Interesse der Parteien, sondern auch in dem der Rechtspflege erfolgt, wird man mit Löwe das Vorliegen einer Anzeigepflicht anzunehmen haben. A. M. z. B. John I, 363. Eine Bekanntmachung an die Parteien schreibt § 30 nicht vor; vgl. aber M. IV. 283.

[5]) Es unterliegt dem Verzicht der Berechtigten und geht unter durch Nichtgebrauch; Wach I, 341. Es geht selbst dann unter, wenn der Ablehnungsgrund erst nach jenem Zeitpunkt bekannt geworden ist. Anders ausdrücklich § 43, 44 C.P.O. Die abweichende Meinung von John I, 340 ff. ist unhaltbar. Vgl. auch Löwe 2 zu § 25 St.P.O., v. Kries 125 und R. VIII, 356. Muss die Hauptverhandlung wiederholt werden, so ist das Ablehnungsrecht in der neuen Verhandlung von neuem gegeben; E. XIX, 332. Vgl. zu § 25 noch §§ 242, 365, 391 St.P.O. Auf die Geltendmachung eines Ausschliessungsgrundes findet § 25 nicht Anwendung.



St.P.O. genannten Zeitpunkt angebracht werden kann [6]). Das Gesuch ist nach § 26 St.P.O. anzubringen bei dem Gerichte, dem der Abzulehnende in der Sache, um die es sich handelt, angehört [7]). Das Ablehnungsgesuch gegen den Amtsrichter wird demnach beim Amtsgericht, gegen den Untersuchungsrichter des Landgerichts beim Landgericht, oder im Falle des § 184 St.P.O. beim Reichsgericht angebracht.

b) Schon die Anbringung des Gesuches, nicht erst die Entscheidung über dasselbe, hat die in § 29 St.P.O. angedeutete Wirkung [8]). Diese Wirkung tritt auch dann ein, wenn der Abgelehnte von der erfolgten Ablehnung gar nichts weiss [9]).

c) Der Inhalt des Gesuchs ergiebt sich aus der Natur der Sache. Der Name des Abgelehnten [10]), die Angabe des Ablehnungsgrundes und der Mittel, durch die er glaubhaft [11]) gemacht werden soll, müssen im Gesuch enthalten sein [12]). Für die Glaubhaftmachung [13]) gilt hier das besondere, dass der Eid in jeder Form ausgeschlossen ist [14]). Alle übrigen Beweismittel sind zulässig.

Besonders wird das eigene Zeugnis [15]) des abgelehnten Richters genannt [16]).

---

[6]) Im übrigen ist eine Frist nicht gesetzt. Daher kann z. B. der Untersuchungsrichter während der ganzen Voruntersuchung abgelehnt werden; v. Kries 125.

[7]) Das Gesetz will also nicht, dass z. B. das Ablehnungsgesuch gegen den als Schwurgerichtsvorsitzenden thätigen Oberlandesgerichtsrat beim Oberlandesgericht eingereicht werde. Vgl. noch § 44 C.P.O. und E. V, 133. A. M. John I, 348.

[8]) Aufschub ist nicht möglich z. B. bei Vernehmung eines im Sterben liegenden Zeugen u. s. w. Eine Anfechtung des Urteils, weil der Richter fälschlich Unaufschiebbarkeit angenommen habe, ist nicht möglich. Der Richter wird die Gründe, weshalb er handelte, in den Akten schriftlich niederzulegen haben. Löwe 1b zu § 29 St.P.O. Liegt ein Ausschliessungsgrund vor, so hat der Richter überhaupt nicht zu handeln.

[9]) Verstoss gegen § 29 St.P.O. rechtfertigt unter Umständen selbst dann die Anfechtung des Urteils, wenn später das Gericht das Ablehnungsgesuch als unbegründet verworfen hat; John I, 349.

[10]) Abgelehnt werden können nur einzelne bestimmte Personen, nicht ganze Gerichtsbehörden; E. XXVII, 175.

[11]) Bei Geltendmachung eines Ausschliessungsgrundes ist Glaubhaftmachung überflüssig. Das Gericht hat das Vorliegen des Grundes von Amts wegen zu berücksichtigen.

[12]) John I, 344 ff.

[13]) Über ihr Wesen vgl. das Beweisrecht.

[14]) Vgl. § 26 St.P.O. und § 44 C.P.O. Insbesondere ist also der dem früheren Prozessrecht bekannte sogen. Perhorrescenzeid oder Calumnieneid ausgeschlossen. Er legte die Entscheidung über die Befangenheit des Richters vollständig in das Meinen und Dafürhalten des Ablehnungsberechtigten; John I, 347, Zachariae I, 340 ff., Wetzell 422.

[15]) „Zeugnis" bedeutet hier nicht eine vom Abgelehnten gemäss § 48 ff. St.P.O. abzugebende Aussage, sondern ist mit der, von § 26 St.P.O. genannten „dienstlichen Äusserung" gleichbedeutend. Vgl. auch Glaser II, 125, Löwe 4 zu § 26 St.P.O.

[16]) John I, 345 ff. behauptet, dass § 266 Abs. 2 C.P.O. auch für den Strafprozess gelte. Das Glaubhaftmachen sei keine strafprozessuale, sondern eine prozessuale Einrichtung. Es sei in seinem „allgemeinen Wesen" von der C.P.O. geregelt und das dort Gesagte gelte auch für den Strafprozess. Das ist bedenklich.



3. Über das Gesuch entscheidet das „Gericht", d. h. bei Kollegialgerichten die Strafkammer oder der Strafsenat, dem der Abgelehnte in dieser Sache angehört [17]). Über die Ablehnung des Untersuchungsrichters entscheidet die Strafkammer des Landgerichts oder der erste Strafsenat des Reichsgerichts [18]); über die Ablehnung des Amtsrichters nach § 27 Abs. 2 St.P.O. die Strafkammer des Landgerichts [19]).

Bei dem Verfahren über das Ablehnungsgesuch, das die St.P.O. nicht näher regelt [20]), wirkt der Abgelehnte nicht mit. Für ihn tritt sein Stellvertreter (§ 62 G.V.G.) ein. Erst wenn ein Ersatz für ihn nicht mehr zu beschaffen ist, hat das zunächst obere Gericht [21]) zu entscheiden. Beim Untersuchungsrichter und dem Amtsrichter [22]) ist eine Entscheidung überhaupt nicht erforderlich, wenn die Abgelehnten selbst das Ablehnungsgesuch für begründet halten.

4. Die Entscheidung kann dem Ablehnungsgesuch stattgeben, oder es für unbegründet erklären. Im ersten Falle steht der Richter dem Ausgeschlossenen gleich, er darf auch unaufschiebbare Handlungen nicht mehr vornehmen [23]). Die Entscheidung ist unanfechtbar im ersten Falle, anfechtbar stets im zweiten Falle [24]). In diesem Falle muss sie nach § 34 St.P.O. mit Gründen versehen werden. Das Rechtsmittel ist die

---

Abgesehen davon, dass die Regel des § 266 Abs. 2 C.P.O. in der St.P.O. keine Aufnahme fand, kann man diese Regel auch nicht als eine das „Wesen" der Glaubhaftmachung berührende ansehen. Sie ist im Strafprozess unanwendbar.

[17]) Vgl. § 27 Abs. 2 St P.O. Ob der reichsgerichtliche Untersuchungsrichter (§ 184 St.P.O.) dem Reichsgericht angehört oder nicht, ist gleichgiltig. Die Frage gehört vor den I. Strafsenat; vgl. § 138 G.V.G.; Löwe 5, Stenglein 4 zu § 27 St.P.O. v. Kries 125, Ullmann 177, abweichend John I, 352. Wird vor der Hauptverhandlung ein Mitglied des erkennenden Gerichts abgelehnt, so kann die Strafkammer gemäss § 77 G.V.G. entscheiden; anfechtbar ist die Entscheidung nur gemäss § 28 Abs. 2 St.P.O.; E. XXII, 136.

[18]) So auch Löwe 1a zu § 27 St.P.O., Glaser II, 126, Ullmann 176, E. XIX, 332.

[19]) Auch wenn er als von einem anderen Gericht ersuchter Richter thätig war; G.V.G. § 158. Ist er Mitglied einer Strafkammer, z. B. im Falle des § 78, so ist er in dieser Beziehung nicht „Amtsrichter" im Sinne des § 27 St.P.O.; vgl. auch Löwe 6b zu § 27 St.P.O.

[20]) Eine mündliche Verhandlung über das Gesuch ist nicht vorgeschrieben. Auch wenn die Ablehnung in der Hauptverhandlung erfolgt, braucht eine mündliche Verhandlung über das Ablehnungsgesuch nicht stattzufinden. Findet sie statt, so ist sie nicht ein Teil der Hauptverhandlung. Der § 225 St.P.O. findet nicht Anwendung. Daher kann die Strafkammer stets mit drei Richtern (§ 77 G.V.G.) entscheiden, vorausgesetzt, dass die drei entscheidenden Mitglieder die Richter sind, denen nach der Geschäftsverteilung die Geschäfte der beschliessenden Strafkammer obliegen. Vgl. E. XXI, 250, XXII, 135. Auch § 23 Abs. 3 St.P.O. findet keine Anwendung; E. XIII, 302, R. VIII, 89; Löwe 1b zu § 27 St.P.O., a. M. v. Kries 126. Der § 33 St.P.O. ist anwendbar. Vgl. auch § 46 C.P.O.

[21]) Das ist nicht das „im Instanzenzuge" vorgesetzte Gericht. Das Reichsgericht ist stets das zunächst obere Gericht den Oberlandesgerichten gegenüber, während es nicht höhere Instanz ist; darüber unten § 20. Vgl. auch M. VII, 414.

[22]) Nur auf sie bezieht sich der § 27 Abs. 2 St.P.O.; vgl. E. IV, 438. Genauer drückt sich § 45 C.P.O. aus.

[23]) Vgl. § 377 z. 3 St.P.O., § 513 z. 3 C.P.O.

[24]) Es sei denn, dass sie vom Reichs- oder einem Oberlandesgericht erlassen ist; vgl. § 346 Abs. 3 St.P.O. Anders im Civilprozess; vgl. § 135 z. 2 G.V.G.

sofortige Beschwerde[25]). Nicht selbständig mit der sofortigen Beschwerde, sondern nach § 28 Abs. 2 St.P.O. „nur mit dem Urteil", also je nach Lage der Sache mit Berufung oder Revision anfechtbar ist der das Gesuch verwerfende Beschluss, wenn es sich um einen „erkennenden" Richter[26]) handelt.

III. Die Ablehnung der übrigen Gerichtspersonen.

a) Die sich auf den Richter beziehenden Sätze der §§ 24 ff. St.P.O. finden entsprechende Anwendung, d. h. Anwendung, soweit sie passen, auch auf Gerichtsschreiber[27]) und Schöffen. Nur bezüglich des zur Entscheidung berufenen Gerichts gilt nach § 31 Abs. 2 St.P.O. besonderes[28]). Über die Ablehnung der Geschworenen sprechen die §§ 282 bis 285 St.P.O.

b) Eine Ablehnung des Gerichtsvollziehers kennt die St.P.O. nicht. Der § 156 G.V.G. spricht nur von seiner Ausschliessung[29]).

## B. Die äussere Verfassung der ordentlichen Strafgerichte.

### § 20.

### Allgemeines.

I. Die verschiedene Art und Bedeutung der Strafsachen macht eine Mehrheit von verschieden eingerichteten Gerichtsklassen notwendig. Nach dem G.V.G. sind mit Strafsachen beschäftigt die Amtsgerichte, Schöffengerichte, Landgerichte, Schwurgerichte, Oberlandesgerichte und das Reichsgericht[1]).

---

[25]) Vgl. über sie § 353 St.P.O. und unten im III. Kap. des IV. Buchs. Zu beachten ist, dass es gegen Entscheidungen des Oberlandesgerichts und des Reichsgerichts eine Beschwerde überhaupt nicht giebt; vgl. unten, und § 346 Abs. 3 St.P.O. Eine Wiederholung des gleichen Ablehnungsgesuchs ist wirkungslos. Das Gericht lehnt das Gesuch, ohne auf dasselbe materiell einzugehen, ab, weil über das Gesuch schon rechtskräftig entschieden ist. Bei diesem Beschluss können die Richter, gegen die sich das Ablehnungsgesuch richtet, mitwirken; E. XI, 224. Auf Grund neuer Thatsachen kann innerhalb der Grenzen des § 25 St.P.O. das Ablehnungsgesuch jederzeit erneuert werden; E. XXIV, 12 f., a. M. Löwe 9 zu § 27 St.P.O.

[26]) Im § 46 C.P.O. findet sich die Regel des § 25 Abs. 2 St.P.O. nicht. Erkennender Richter ist jedes richterliche Mitglied des Gerichts, vor dem die Hauptverhandlung stattfindet, also z. B. nicht das Mitglied der beschliessenden Strafkammer, der Untersuchungsrichter; vgl. auch § 343 St.P.O. Der § 24 Abs. 2 setzt voraus, dass das Hauptverfahren bereits eröffnet ist; E. VII, 175; XXII, 135, aber auch M. III, 433, VIII, 377. Die St.P.O. hindert die Wiederholung eines Ablehnungsgesuches auf Grund neuer Anführungen keineswegs; E. XXIV, 12.

[27]) Welche Wirkungen es haben soll, wenn ein mit Erfolg abgelehnter Gerichtsschreiber mitwirkt, sagt die St.P.O. nicht. Vgl. Ullmann 180.

[28]) Unter dem „Richter" versteht § 31 Abs. 2 den Untersuchungsrichter, den beauftragten oder ersuchten Richter. In der Hauptverhandlung entscheiden über die Ablehnung die Schöffen mit; § 30 G.V.G.

[29]) Wird ein Ausschliessungsgrund geltend gemacht, so entscheidet das Gericht, dessen Beaufsichtigung der Gerichtsvollzieher untersteht (§ 155 G.V.G.), in formloser Weise. Über Anfechtbarkeit solcher Entscheidungen schweigt das Gesetz.

[1]) Über die fransösische Gerichtsverfassung, die in einer Reihe von Punkten Einfluss auf die Ordnung der Verhältnisse in Deutschland geäussert hat, Ullmann 99, auch v. Kries 55 ff.

II. Das mit einer Sache befasste Gericht kann trotz aller Vorsicht bei seinen Entscheidungen irren. Dem durch eine Entscheidung Betroffenen muss die Möglichkeit gewährt werden, eine Nachprüfung der Sache herbeizuführen, es muss bestimmt werden, welche Gerichte zu dieser Nachprüfung befugt sein und das Recht haben sollen, die angefochtenen Entscheidungen aufzuheben oder abzuändern. Von diesem Gesichtspunkte aus zerfallen die Gerichte in Gerichte erster und Gerichte höherer Instanz. Man sagt, es gehe von einem Gericht der Instanzenzug[2]) an ein anderes.

III. a) Strafgerichte erster Instanz sind nach der St.P.O. die Amtsgerichte, Schöffengerichte, Landgerichte, Schwurgerichte und das Reichsgericht. Von diesen sind die Amtsgerichte, Schöffengerichte und Schwurgerichte nur Gerichte erster Instanz[3]), während das Landgericht Gericht erster und zweiter, das Reichsgericht erster, zweiter und dritter Instanz ist. Die Oberlandesgerichte sind nie erste, sondern nur zweite oder dritte Instanz.

b) Die St.P.O. spricht z. B. in § 263 von Gerichten „niederer" Ordnung, denen also solche „höherer Ordnung" entgegenzustellen sind. Diese Ausdrücke betreffen die Stellung der einzelnen Gerichte I. Instanz zu einander. Die Strafkammer des Landgerichts ist dem Schöffengericht gegenüber ein Gericht „höherer Ordnung", weil sie zur Aburteilung schwererer Delikte als jenes, z. B. von Verbrechen, zuständig ist. Die Gerichte derselben Klasse bezeichnet § 15 St.P.O. als „gleichstehende".

c) Während es im Civilprozess für die meist geringfügigen Sachen, die vor die Amtsgerichte kommen, nur noch eine zweite Instanz giebt, gegen die Urteile der Landgerichte dagegen noch eine dritte Instanz[4]), steht es im Strafverfahren umgekehrt. Gegen die Urteile der Amts- und Schöffengerichte geht der Rechtsmittelzug über die Landgerichte an die Oberlandesgerichte oder sogar an das Reichsgericht, es giebt also drei Instanzen, gegen die Urteile der Landgerichte als erste Instanz und der Schwurgerichte dagegen, also in den schwereren Straffällen nur noch an die Oberlandesgerichte,

---

[2]) Vgl. z. B. § 159 Abs. 2 G.V.G. Das „zunächst obere" Gericht des § 27 St.P.O. bedeutet nicht dasselbe; vgl. oben § 19.

[3]) Im Civilprozess gestaltet sich die Sache viel einfacher. Gerichte I. Instanz sind die Amtsgerichte und Landgerichte.

[4]) Vgl. aber § 508 C.P.O.

oder an das Reichsgericht[5]), es giebt also nur zwei Instanzen[6]).

IV. Die einzelnen Strafgerichte sind verschieden besetzt. Je wichtiger die einem Gericht zugewiesenen Sachen sind, je höher die Stelle ist, die es im Instanzenzuge einnimmt, um so mehr sollen Bürgschaften für die Zuverlässigkeit seiner Entscheidungen geschaffen werden. Diese Bürgschaften findet man in erster Linie in der sich steigernden Zahl der bei den Entscheidungen zusammenwirkenden Richter.[7]) Während z. B. in den von § 211 St.P.O. erwähnten Fällen der Amtsrichter allein urteilt, steigt die Zahl der Richter beim Reichsgericht als höherer Instanz nach § 140 G.V.G. auf sieben Richter. Das Amtsgericht ist nach § 22 G.V.G. das einzige Gericht, an welchem ein **Einzelrichter** entscheidet, alle übrigen Gerichte sind **Kollegialgerichte.**

V. Das Urteilen ist zwar die wichtigste Thätigkeit der Gerichte, aber nicht ihre einzige. Ehe es zum Urteil kommen kann, sind gerichtliche Handlungen, die den Thatbestand klären und das Urteil vorbereiten sollen, vor allem Untersuchungshandlungen nötig. Weiter verlangt die St.P.O. vor dem Urteil eine Reihe gerichtlicher Entscheidungen, die, wie z. B. der für das Verfahren wichtige sog. „Eröffnungsbeschluss" des § 201 St.P.O., zum gesetzlich vorgeschriebenen Prozessgange gehören. Diese untersuchende und beschliessende Thätigkeit liegt nicht immer in denselben Händen, wie die Urteilsthätigkeit. Während z. B. dem Schwurgericht die Urteilsfällung obliegt, hat der Unter-

[5]) Gegen Entscheidungen des Reichsgerichts, auch als I. Instanz (vgl. § 136 G.V.G.), giebt es kein Rechtsmittel, ebenso in Strafsachen nicht gegen Entscheidungen der Oberlandesgerichte. In Civilsachen stehen die Oberlandesgerichte anders; vgl. § 123 z. 1 G.V.G.

[6]) Eine Vergleichung des civilprozessualen und strafprozessualen Instanzenzuges ergiebt folgendes Bild:

| | Civilsachen | Strafsachen | Civilsachen | Strafsachen |
|---|---|---|---|---|
| I. Instanz | Amtsgericht | Amtsgericht oder Schöffengericht | Landgericht | Landgericht oder Schwurgericht |
| II. Instanz | Landgericht | Landgericht | Oberlandesgericht | Reichsgericht oder Oberlandesgericht |
| III. Instanz | — | Oberlandesgericht oder Reichsgericht | Reichsgericht | — |

[7]) Der § 127 Abs. 2 G.V.G. verlangt ausserdem ein reiferes Alter für den Reichsgerichtsrat.

suchungsrichter die Voruntersuchung zu führen und die Strafkammer des Landgerichts eine Reihe von Entscheidungen, z. B. auch den Eröffnungsbeschluss zu erlassen. Man kann in dieser Hinsicht zwischen untersuchenden, urteilenden oder im Sprachgebrauch des Gesetzes „erkennenden", und beschliessenden Gerichten scheiden [8]).

## § 21.

## Die Besetzung der Strafgerichte.

### I. Die Zahl der Richter.

1. Die Amtsgerichte sind die einzigen Strafgerichte mit nicht kollegialer Verfassung. Selbst dann sind sie nicht Kollegialgerichte, wenn sie nach § 22 Abs. 2 G.V.G. „mit mehreren Richtern besetzt" sind [1]). Jeder von ihnen „erledigt die ihm obliegenden Geschäfte als Einzelrichter". Jeder der mehreren Richter ist innerhalb des ihm zugewiesenen Geschäftskreises [2]) selbständiger Vertreter des Amtsgerichts. Einem von ihnen ist nach § 22 Abs. 2 G.V.G. „von der Landesjustiz-Verwaltung die allgemeine Dienstaufsicht zu übertragen" [3]).

2. Die Schöffengerichte sind Kollegialgerichte, die nach § 25 G.V.G. bei jedem Amtsgerichte zur Verhandlung und Entscheidung von Strafsachen gebildet werden. Das Kollegium besteht nach § 26 G.V.G. aus einem Richter als Vorsitzenden und zwei Schöffen. Das Verhältnis der Schöffen zum Berufsrichter ist nach § 30 G.V.G. in der Hauptverhandlung das voller Gleichberechtigung, die Schöffen wirken nicht nur bei der Urteilsfällung, sondern auch bei allen übrigen Entscheidungen mit, die in der Hauptverhandlung erforderlich werden [4]). Entscheidungen „ausserhalb

---

[8]) Vorbildlich war hier das französische Recht. Von „erkennenden Gerichten" spricht § 347 St.P.O.; vgl. auch § 28 St.P.O. Als beschliessende Gerichte kommen auch die über die Beschwerde entscheidenden Gerichte in Betracht. Vgl. auch Ullmann 111 f., Laband II, 388.

[1]) Auch in diesem Falle bleibt das Amtsgericht ein einheitliches Gericht; es wird nicht etwa in mehrere selbständige Amtsgerichte gespalten. Ebensowenig ist weiter einer der Richter alleiniger Träger der amtsgerichtlichen Gerichtsbarkeit, während die übrigen seine Vertreter sind, wie das z. B. früher in Sachsen der Fall war.

[2]) Die Geschäftsverteilung bestimmt sich nach Landesrecht. Vgl. § 23 Preuss. A.G. zum G.V.G.

[3]) Die Landesjustizverwaltung bestimmt auch, wem gegenüber das Dienstaufsichtsrecht besteht, insbesondere, ob es sich nur auf die nichtrichterlichen Beamten oder auch auf die Richter bezieht. Hinweise auf Landesrecht bei Löwe 4 zu § 22 G.V.G. und Preuss. A.G. z. G.V.G. §§ 23, 24, 79. Vgl. auch E. VII, 404, XI, 163, XV, 212.

[4]) Vgl. § 30 G.V.G. Der § 30 Abs. 2 gilt auch für die vor die Konsulargerichte gehörigen Sachen; E. XXVIII, 31. Die Schöffen haben z. B. auch an den sitzungs-

der Hauptverhandlung" erlässt nach § 30 Abs. 2 G.V.G. der Amtsrichter [5]).

3. Bei jedem Landgericht [6]) werden nach § 59 G.V.G. Strafkammern gebildet; sie sind Kollegialgerichte [7]). Den Vorsitz führt nach § 61 G.V.G. der Präsident des Landgerichts oder ein Direktor [8]). Ausserdem sind nach § 60 G.V.G. bei jedem Landgerichte ein oder mehrere einzelne Richter zu Untersuchungsrichtern [9]) bestellt. Die Strafkammern [10]) entscheiden in der Besetzung von fünf oder drei Richtern [11]).

---

polizeilichen Entscheidungen, soweit sie nach § 178 ff. G.V.G. dem Gericht zustehen, mitzuwirken. Selbstverständlich entscheiden sie auch über Höhe und Art der Strafe, über die Busse u. s. w. An den Massregeln des § 52 ff. G.V.G. haben die Schöffen nie Teil; sie sind nicht Bestandteile der Hauptverhandlung. Die einzige Ausnahme von dieser Regel enthält § 31 St.P.O. Anders stehen die Geschworenen.

[5]) Dabei ist gleichgiltig, ob es sich um Entscheidungen vor der Hauptverhandlung handelt, z. B. Erlass des Eröffnungsbeschlusses, oder um solche nach der Hauptverhandlung; z. B. § 407 St.P.O. Diese Entscheidungen ergehen im Namen des Amtsgerichts.

[6]) Über die Besetzung des Landgerichts vgl. § 58 G.V.G.

[7]) Die Strafkammer kann im Falle des § 78 G.V.G. an einem anderen Ort als dem Sitze des Landgerichts „bei einem Amtsgericht" gebildet werden. Man spricht in solchem Falle von einer auswärtigen oder auch detachierten Strafkammer. Ihr Bezirk muss mehrere Amtsgerichtsbezirke desselben Landgerichts umfassen. Die Strafkammer ist für einen bestimmten Teil des Bezirks geschaffen. Das ist von Bedeutung für ihre örtliche Zuständigkeit (vgl. darüber unten § 25 ff). Vgl. E. XVII, 230, E. X, 250. Löwe 4 zu § 78 G.V.G. Im einzelnen ist manches streitig; vgl. ausführlich Löwe 4, Stenglein 8 zu § 78 G.V.G., sowie E. I, 267. R I, 444, II, 30 über die Einlegung von Rechtsmitteln gegen Entscheidungen der Strafkammer. Ein „Teil der Thätigkeit" ist z. B. die Thätigkeit als I. Instanz oder als beschliessendes Gericht. Vgl. noch Einzelheiten in E. IX, 397, XXII, 203 R. VI, 30. Alles nähere bestimmt Landesrecht. Eine Verletzung der landesrechtlichen Anordnungen würde mit Rechtsmitteln anfechtbar sein; Stenglein 9 zu § 78 G.V.G., Ullmann 126, vgl. auch Laband II, 400.

[8]) Ein Landgerichtsrat kann also nicht ständiger Vorsitzender sein. Verstösse gegen § 61 können unter Umständen die Revision gegen das Urteil rechtfertigen; E. XXVII, 125.

[9]) Ein Untersuchungsrichter muss an jedem Landgericht vorhanden sein. Das „nach Bedürfnis" bezieht sich auf die Zahl der Untersuchungsrichter. Die Bestellung erfolgt nach § 60 Abs. 2 G.V.G. auf die Dauer eines Geschäftsjahres. Vgl. auch noch § 64 G.V.G. Der Untersuchungsrichter kann zugleich Mitglied einer Kammer sein; vgl aber § 23 Abs. 2 St.P.O.

[10]) Die Landesjustizverwaltung hat das weitere zu bestimmen, insbesondere auch die Zahl der zu bildenden Strafkammern; es handelt sich dabei um eine Verwaltungsmassregel, die aber nicht ohne prozessuale Bedeutung ist. Vgl. den nächsten § und noch E. II, 353, R. II, 357 und Löwe 2 zu § 59 G.V.G. Den Vorsitz in der Kammer regelt § 61 G.V.G.; es handelt sich um den ordentlichn Vorsitz; vgl. noch § 65 G.V.G. und E. XVIII, 9, R. X, 432 sowie Löwe 1 zu § 61 G.V.G.

[11]) Der § 10 G.V.G. ist auch für die Landgerichte anwendbar. Die von § 76 G.V.G. verlangte Richterzahl muss bei den Verhandlungen und Entscheidungen mitwirken. Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass der Kammer mehr als fünf Richter zugeteilt werden, die in bestimmter Reihenfolge einander abwechseln; Löwe 1a zu § 77 G.V.G.



a) Mit fünf Richtern ist sie erkennendes Gericht erster Instanz oder erkennendes Gericht zweiter Instanz in Sachen, die sich auf Vergehen im Sinne des § 1 St.G.B. beziehen.

b) Mit drei Richtern ist sie beschliessendes Gericht, sowie erkennendes Gericht zweiter Instanz in Uebertretungs- [12]) und Privatklagesachen [13]).

4. Die Schwurgerichte [14]) treten nach § 79 G.V.G. „periodisch" [15]) bei den Landgerichten [16]) zusammen und bestehen nach § 91 G.V.G. aus drei Berufsrichtern, dem Gerichtshof, und zwölf Geschworenen, der Geschworenenbank [17]). Gerichtshof und Geschworenenbank bilden zwei Kollegien, ein jedes mit besonderen Rechten ausgestattet. Die Geschworenen sind zur Entscheidung „der Schuldfrage" [18]) berufen, die übrigen Entscheidungen trifft der Gerichtshof. Gericht und Geschworene treten nur zur Hauptverhandlung zusammen [19]).

---

[12]) Ist es zweifelhaft, ob es sich in der Berufungsinstanz um eine Übertretung oder um ein Vergehen handelt, so müssen fünf Richter in der Verhandlung mitwirken; vgl. Löwe 2b, Stenglein 1 zu § 77 G.V.G., E. VI, 310.

[13]) „Fälle der Privatklage" im Sinne des § 77 liegen nicht vor, wenn die Staatsanwaltschaft in der ersten Instanz vor Erlass des Urteils gemäss § 417 St.P.O. die Verfolgung übernommen hat. Die zweite Instanz hat mit fünf Richtern zu urteilen. Dagegen sollen nach Stenglein 2 und Löwe 3 zu § 77 G.V.G. drei Richter ausreichen, wenn die Staatsanwaltschaft erst nach dem Urteil des Schöffengerichts durch Einlegung der Berufung die Verfolgung übernahm. Diese Ansicht erscheint nicht unbedenklich, es handelt sich in der Berufungsinstanz dann doch nicht mehr um „Fälle der Privatklage". Vgl. darüber noch unten.

[14]) Die Schwurgerichte sind alten reindeutschen Ursprungs. Vgl. Brunner, Entstehung der Schwurgerichte (1872).

[15]) Sie treten für „Sitzungsperioden", d. h. wenn erforderlich, für eine Reihe von aufeinander folgenden Sitzungstagen, also anders als die Schöffengerichte zusammen; vgl. R. X, 513.

[16]) Nicht notwendig bei jedem Landgerichte; vgl. § 99 G.V.G. Preussen hat bisher von § 99 nicht Gebrauch gemacht. Vgl. Löwe zu § 99 G.V.G. Der § 98 G.V.G. gestattet, dass „einzelne Sitzungen" nicht am Sitze des Landgerichts stattfinden. Die Motive heben z. B. den Fall hervor, dass die Zeugen in einer Sache weit vom Sitz des Landgerichts wohnen, dass am Landgerichtssitz eine Epidemie herrscht u. s. w. Im letzten Falle kann es dahin kommen, dass alle Sitzungen einer Periode an einem anderen Ort stattfinden. Es muss dann für jede Sache ein Beschluss gefasst werden. Vgl. Löwe und Stenglein zu § 98 G.V.G.

[17]) Die St.P.O. bezeichnet die beiden Kollegien mit „Gericht" und „Geschworenenbank". Vgl. z. B. § 279 Abs. 2 und § 280 St.P.O. Der Ausdruck „Schwurgericht" umfasst beide. Über die Bildung der Geschworenenbank unten und § 278 ff. St.P.O.

[18]) Darüber näher unten. Vgl. schon hier §§ 297 und 262 St.P.O. Vgl. E. XXI, 388 (Verhandlung ohne Geschworenen durch die „richterlichen Mitglieder"; § 82 G.V.G.).

[19]) Die vor das Schwurgericht gehörigen Sachen werden ihm zugewiesen, bei ihm anhängig durch den Eröffnungsbeschluss. Nicht sind aber jedesmal auch zur Zeit des Erlasses jenes Beschlusses „richterliche Mitglieder" des Schwurgerichts schon bestimmt. Deshalb bestimmt § 82 Abs. 2 G.V.G., dass die „ausserhalb der Dauer der Sitzungsperiode" erforderlichen Entscheidungen (z. B. Haftbefehle) durch die Straf-

Die ausserhalb der Hauptverhandlung erforderlichen Entscheidungen erlässt je nach Lage der Sache gemäss § 82 G.V.G. der Gerichtshof oder die beschliessende Strafkammer des Landgerichts [20]). Die Ernennung des Vorsitzenden des Schwurgerichts erfolgt nach § 83 G.V.G. für jede Sitzungsperiode [21]).

5. Bei den Oberlandesgerichten, deren in Deutschland 28 bestehen, werden nach § 120 und 124 G.V.G. mit fünf Richtern besetzte Strafsenate [22]) gebildet. Das Oberlandesgericht in Berlin führt den Namen Kammergericht; ihm sind gemäss § 9 E.G. z. G.V.G. eine Reihe der dort genannten Sachen „ausschliesslich" zugewiesen [23]).

---

kammer zu erlassen sind. „Ausserhalb der Sitzungsperiode" liegen auch die nach Beendigung der Sitzungen des Schwurgerichts erforderlich werdenden Massregeln. Mit der Sitzungsperiode hört das Schwurgericht auf zu bestehen. Die Einlegung der Revision u. s. w. kann deshalb nach jenem Zeitpunkt nicht mehr beim Schwurgericht erfolgen; E. XIII, 156, R. VII, 708. Bezüglich der dem Vorsitzenden des Schwurgerichts zugewiesenen Sachen vgl. § 83 Abs. 3 G.V.G., er hat das Landgericht im Auge, mit dem das Schwurgericht verbunden ist.

[20]) Kritik des dem französischen Prozess nachgebildeten § 83 G.V.G. bei John I, 57. Für jede Periode wird ein Vorsitzender ernannt. Bezüglich der Zeit der Bestellung schweigt das G.V.G.; § 93 G.V.G. ist dabei zu beachten. Die von § 93 Genannten können zu Vorsitzenden bei jedem Schwurgericht des Bezirks ernannt werden. Der Stellvertreter des Vorsitzenden ist zur Vertretung in einzelnen Sitzungen u. s. w. berufen. Fällt der Vorsitzende z. B. vor Beginn der Periode fort, so ist ein neuer zu ernennen, nicht tritt der Vertreter ein. Vgl. Löwe 5 aber auch Stenglein 3 zu § 93 G.V.G. Bei Verhinderung des Vorsitzenden in der Sitzung tritt, wenn § 194 G.V.G. vorliegt, der älteste der Beisitzer ein; Löwe 5 zu § 83 G.V.G. Dass auch ein Landgerichtsdirektor zum Beisitzer ernannt werden kann, ist klar, auch er ist Mitglied des Landgerichts; E. III, 310, R. II, 776. Auch Hülfsrichter sind Mitglieder, R. I, 807.

[21]) Vgl. bezüglich der Besetzung der Oberlandesgerichte § 119 G.V.G. Wo das Bedürfnis nicht mehr verlangt, genügt ein Senat. Vgl. auch John I, 173. Für Preussen vgl. Gesetz vom 4. März 1878. Hülfsrichter können nach § 122 G.V.G. am Oberlandesgericht, im Gegensatz zum Amts- und Landgericht, nur ständig angestellte Richter sein; vgl. §§ 10, 69, 134 G.V.G.

[22]) Der Name „Kammergericht" ist für das Oberlandesgericht in Berlin von früherher beibehalten. Die Beilegung solcher besonderen Namen ist durch das G.V.G. nirgends verboten. Vgl. Löwe 2 zu § 12 G.V.G. Durch § 9 E.G. z. G.V.G. soll möglichst Rechtseinheit auf dem Gebiete des Landesstrafrechts erzielt werden. Nur die Revisionen und Beschwerden nennt § 9, nicht z. B. die nach § 170 St.P.O. den Oberlandesgerichten zugewiesenen Entscheidungen. Bezüglich der Zuständigkeit des Kammergerichts vgl. § 50 Preuss. A.G z. G.V.G. und hierzu ausführlich Löwe 5 ff. zu § 9 E.G. z. G.V.G. Ausser für Preussen kommt § 9 nur noch für Bayern in Frage. Das von § 8 E.G. z. G.V.G. genannte „oberste Landesgericht", das allein Bayern errichtet hat, kommt für Strafsachen nicht in Betracht. Es ist kein Oberlandesgericht, sondern ein über den Bayrischen Oberlandesgerichten stehendes kleines Bayrisches Reichsgericht. Vgl. insbesondere Art. 48 Bayr. A.G. z. G.V.G. und Hauck 270.



6. Auch beim Reichsgericht [24]) bestehen Strafsenate [25]), die nach § 140 G.V.G. stets in der Besetzung von sieben Richtern entscheiden. Ein Untersuchungsrichter ist nicht ständig bei ihm thätig, er wird nach § 184 St.P.O. für jede einzelne reichsgerichtliche Strafsache bestellt.

Dass mindestens drei Strafsenate vorhanden sein müssen, geht aus § 138 G.V.G. hervor. Die Zahl der zusammenwirkenden Richter ändert sich mit den zu erledigenden Geschäften:

a) Der einzelne Senat entscheidet nach § 140 G.V.G. in der Besetzung von sieben Richtern, mag er nach § 138 Abs. 1 G.V.G. als beschliessendes Gericht oder als erkennendes Gericht höherer Instanz, als Revisionsgericht, auftreten.

b) Zwei Senate, der vereinigte zweite und dritte Strafsenat entscheiden, wenn das Reichsgericht nach § 136 Abs. 1 G.V.G. als erkennendes Gericht erster Instanz thätig wird. Dabei ist § 139 G.V.G. zu beachten [26]).

c) Sämmtliche, „die vereinigten Strafsenate", entscheiden im Interesse der Einheitlichkeit der Rechtsprechung, wenn ein Strafsenat „in einer Rechtsfrage [27]) von einer früheren Entscheidung eines andern [28]) Strafsenates" oder der vereinigten Strafsenate abweichen will nach § 137 Abs. 1 G.V.G.

d) Die Gesamtheit der Civil- und Strafsenate, das Plenum, entscheidet nach § 137 Abs. 2 G.V.G., „wenn ein Strafsenat (in einer Rechtsfrage) von der Entscheidung eines Civilsenats oder der vereinigten Civilsenate oder des Plenums abweichen will".

[24]) Vgl. § 125 G.V.G. Leipzig ist als Sitz des Reichsgerichts durch Reichsgesetz vom 11. April 1877 bestimmt. Über seine Besetzung, die Ernennung der Richter u. s. w. vgl. §§ 126 bis 131 G.V.G. Zu § 141 G.V.G. vgl. Löwe.

[25]) Über Hülfssenate und Hülfsrichter vgl. § 16 E.G. z. G.V.G. Das Verbot der Hülfsrichter (§ 134 G.V.G.) bezieht sich nicht auf die Hülfssenate.

[26]) Einem Senat können mehr als sieben Richter zugeteilt sein, wenn er auch im Einzelfalle gemäss § 140 G.V.G. entscheidet. Der § 139 hat im Auge die Gesamtheit der dem einzelnen Senat zugeteilten Richter. Der Paragraph weicht von der Regel des § 194 Abs. 1 G.V.G. ab.

[27]) Im Gegensatz zur „Entscheidung der Sache" selbst; vgl. Abs. 3 des § 137 G.V.G. und Stenglein zu § 137 G.V.G. Der § 137 in seiner jetzigen Fassung beruht auf R.G. vom 17. März 1886. Fehlt es an den vom Gesetz bestimmten Voraussetzungen, so ist der Weg des § 137 G.V.G. unmöglich; eine Verweisung einer Frage kann also z. B. lediglich wegen ihrer Streitigkeit nicht erfolgen. Diese Entscheidung ist ein Akt der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit. Deshalb finden z. B. die Gründe der §§ 22, 23 St.P.O. u. s. w. Anwendung. Vgl. Löwe 3 zu § 137.

[28]) Von seiner eigenen Entscheidung kann jeder Senat abweichen, ebenso der „vereinigte zweite und dritte Strafsenat.



**II. Die Zahl der bei den Gerichten erforderlichen Gerichtsschreiber und Gerichtsvollzieher ist vom Reichsrecht nicht bestimmt. Für das Reichsgericht vgl. §§ 154 und 155 G.V.G. Im übrigen ist Gesetz und Verordnung der Bundesstaaten massgebend.**

## § 22.

## Die Geschäftsverteilung bei den ordentlichen Gerichten.

I. Bei den mit mehreren Richtern besetzten Amtsgerichten [1]) sowie bei allen Kollegialgerichten muss eine Verteilung der dem Gerichte zufallenden Geschäfte und der bei dem Gerichte thätigen Gerichtspersonen, insbesondere der Richter [2]), stattfinden. Darüber enthält das Reichsrecht nur unvollständige Bestimmungen; vieles ist dem Landesrecht überlassen.

a) Über die Verteilung bei den Amtsgerichten enthält das G.V.G. nichts. Landesrecht kommt allein in Frage [3]).

b) Für die Geschäftsverteilung bei den Landgerichten und Oberlandesgerichten schaffen §§ 62 ff. und 121 G.V.G. vor allem das Präsidium [4]). Die Verteilung erfolgt im voraus [5]) auf die Dauer des Geschäftsjahres und zwar hat die Anordnung des Präsidiums, wie § 62 Abs. 2 G.V.G. zeigt, grundsätzlich [6]) bindende Kraft. Die in § 64 G.V.G. genannten Bestimmungen trifft der Präsident allein. Innerhalb der Kammer oder des Senats verteilt nach § 68 G.V.G. der Vorsitzende die Geschäfte.

Im voraus werden für den Fall der Verhinderung der „ständigen Mitglieder" der Kammer ihre „regelmässigen" Vertreter vom Präsidium bestimmt. Die „zeitweiligen" Vertreter dieser Vertreter hat nach § 66 G.V.G. der Präsident zu bestimmen [7]). Bedarf es der Heranziehung von Nichtmitgliedern des Gerichts zur Vertretung, so hat nach § 69 G.V.G. die Landesjustizverwaltung [8]) die erforderlichen Anordnungen zu treffen. Die Vertretung des Vorsitzenden regelt

---

[1]) Vgl. auch Laband II, 396.

[2]) Nur über sie, nicht auch die Gerichtsschreiber u. s. w. enthält das Reichsrecht Bestimmungen.

[3]) Vgl. Pr. A.G. §§ 23, 24.

[4]) Das „Plenum" des § 61 G.V.G. kommt hier nicht in Frage. Die von § 61 Genannten, denen die Bestimmung des Vorsitzes in den Kammern obliegt, sind nicht das „Präsidium". Vgl. noch § 20 E.G. z. G.V.G.

[5]) Vgl. E. XVIII, 166.

[6]) Was „dauernde Verhinderung" ist, ist im einzelnen Fall zu entscheiden. E. XX, 385.

[7]) Vgl. E. XXVI, 94.

[8]) Der § 59 wird von § 121 G.V.G. nicht erwähnt. Ob eine solche „Beiordnung" nötig ist, ist im Einzelfall zu entscheiden. Rechtsmittel können darauf, es sei keine Veranlassung zu ihr gewesen, nicht gestützt werden; E. III, 231, R. II, 508; vgl. noch E. XXII, 168, XXIII, 119. Zu Abs. 3 § 69 G.V.G. sind §§ 5, 38 Pr. A.G. zu vergleichen und E. II, 311, XXII, 134, R. II, 68. Besoldung ist vom Reichsrecht für den Hülfsrichter nicht vorgeschrieben; R. II, 80. Vgl. auch E. XXVI, 94.

§ 65 Abs. 1 G.V.G. [9]), die des Präsidenten in seinen Präsidialgeschäften § 65 Abs. 2 G.V.G.

Eine Vertretung darf nur stattfinden, wenn sie auf einem dieser gesetzlich bestimmten Wege angeordnet ist; sie ist z. B. nicht möglich ohne Anordnung lediglich auf freiwilliges Anerbieten eines zur Vertretung bereiten Richters [10]).

c) Für das Reichsgericht gelten die §§ 61 bis 68 G.V.G. mit der in § 133 G.V.G. bestimmten Änderung. Alles übrige regelt die gemäss § 141 G.V.G. am 5. April 1880 erlassene Geschäftsordnung [11]).

II. a) Die Bedeutung der Bestimmungen des G.V.G. über die Geschäftsverteilung liegt nicht allein darin, dass sie eine quantitativ möglichst gleiche Zuteilung der Sachen an die einzelnen Gerichtsabteilungen ermöglichen, sondern vor allem auch darin, dass sie eine willkürliche Überweisung des Einzelfalles an eine ad hoc ausgewählte Abteilung ausschliessen sollen. Die Bestimmungen enthalten eine weitere Sicherung des Satzes, dass niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden darf [12]). Eine Verletzung der Sätze des G.V.G. begründet, sofern an Stelle des nach der Geschäftsverteilung berufenen erkennenden Gerichts, etwa an Stelle der ersten die zweite Strafkammer des Landgerichts, geurteilt hat [13]), die Revision gegen das Urteil.

b) Den einzelnen Gerichtsabteilungen werden bestimmte Personen zugewiesen, für jeden Richter wird weiter der Vertreter [14]) im voraus bezeichnet. Auch diese Massregeln sollen Garantieen gegen Willkür schaffen, es soll vermieden werden, dass die zur Thätigkeit berufene Gerichtsabteilung im Einzelfall — mögen die Gründe sein, welche sie wollen — mit ad hoc bestimmten Richtern besetzt, thätig wird. Die Bestimmungen haben nicht nur instruktionelle Bedeutung [15]). Verstösse gegen sie machen das erkennende Gericht zu einem „nicht vorschriftsmässig besetzten" im Sinne des § 377 z. 1 St.P.O. Das Urteil, das es fällt, ist mit Revision anfechtbar [16]).

---

[9]) Vgl. noch E. XVIII, 9, R. X, 432. Die Vertretung des Vorsitzenden hat das älteste ständige Mitglied der Kammer oder des Senats; E. I, 238, XXIII, 99, R. I, 414. Hülfsrichter besitzen die Fähigkeit nicht; E. XVIII, 307, R. X, 736. Der an der Führung des Vorsitzes z. B. durch Heiserkeit verhinderte Vorsitzende kann als Beisitzer mitwirken, E. X, 318, XVIII, 302, R. VI, 287. Über die Vertretung des verhinderten Vorsitzenden noch E. XXV, 390 ff. Vgl. noch Löwe 4, Stenglein 1 zu § 65 G.V.G.

[10]) Vgl. R. VII, 41.

[11]) Vgl. Löwe zu § 141 G.V.G.

[12]) Vgl. auch v. Kries 148 ff. und E. XXIII, 168.

[13]) Es handelt sich dabei nicht etwa um eine Verletzung der sachlichen oder örtlichen Zuständigkeit; vgl. auch E. XXIII, 235. Inwieweit es Revisionsgrund ist, wenn statt des zum Handeln berufenen beschliessenden Gerichts oder Untersuchungsrichters eine andere Kammer etc. desselben Gerichts thätig wird, lässt sich nur im Einzelfalle entscheiden. Vgl. noch unten bei der Revision.

[14]) Vgl. auch z. B. E. XXV, 390 ff.

[15]) Vgl. aber von älteren Reichsgerichtsurteilen E. II, 195, III, 9.

[16]) Inwieweit ein Urteil anfechtbar ist, wenn die „nicht vorschriftsmässige Besetzung" nicht beim erkennenden Gericht vorlag, ist Frage des Einzelfalls. Über die Verteilung der Gerichtsschreiber erwähnt das Reichsrecht nichts. Vgl. noch Löwe 3 zu § 377 St.P.O.

c) Die Sätze der G.V.G. über die Geschäftsverteilung sind Reichsrecht; sie sind daher durch Landesrecht nicht abänderlich, sondern gehen ihm vor. Insoweit das Reichsrecht keine Anordnungen enthält, wie über die Geschäftsverteilung bei den Amtsgerichten, sowie bez. der Gerichtsschreiber, kann Landesrecht die erforderlichen Bestimmungen erlassen [17].

### C. Die Zuständigkeit der Gerichte.

### § 23.

### Die Zuständigkeit im allgemeinen.

I. Einer jeden Gerichtsklasse, z.B. den Schöffengerichten, den Schwurgerichten, sind bestimmte Arten von Strafsachen vom Gesetz zugewiesen. Sie ist für die Sachen zuständig, kompetent. Zuständigkeit, Kompetenz in diesem Sinne, genauer **sachliche Zuständigkeit** [1]) ist die einer Gerichtsart gegebene Fähigkeit, bestimmte Sachenarten als erste oder höhere Instanz zu entscheiden.

a) Man ging bei Abgrenzung der sachlichen Zuständigkeit der Strafgerichte erster Instanz aus von der Dreiteilung der strafbaren Handlungen im § 1 St.G.B., der die drei Gerichte erster Instanz, Schöffengericht, Strafkammer und Schwurgericht, entsprachen. Keineswegs ist aber jedem der drei Gerichte, zu denen als viertes noch das Reichsgericht hinzutrat, je eine jener Arten strafbarer Handlungen zugewiesen; der Grundgedanke ist bei Betrachtung der Sätze des G.V.G. kaum zu erkennen. Man wich aus den verschiedensten Gründen von ihm ab, sodass eine einheitliche systematische Regelung im Gesetz nicht stattgefunden hat [2]).

---

[17]) Das ist in verschiedenen Ausführungsgesetzen geschehen. Vgl. Löwe 2 zu § 22 G.V.G., v. Kries 150, der scheinbar der Ansicht ist, dass Verstösse gegen das Landesrecht nicht die Revision begründen. Das ist bedenklich. Auch eine gegen das Ausführungsgesetz erfolgende Besetzung des Schöffengerichts würde unter § 377 z. 1 St.P.O. fallen. Ein Unterschied zwischen Landes- und Reichsrecht ist, was seine prozessuale Bedeutsamkeit angeht, hier nicht vorhanden.

[1]) Vgl. § 1 St.P.O. Gegensatz: örtliche Zuständigkeit oder Gerichtsstand; vgl. darüber unten § 25 ff. Geyer 267 will die sachliche Zuständigkeit besser mit „Strafgerichtsbarkeit" bezeichnen. Vgl. auch Ullmann 181, der unterscheidet zwischen Zuständigkeit im weiteren Sinne (sachliche Zuständigkeit) und im engeren Sinne (Gerichtsstand).

[2]) In bestimmten Fällen ist die Höhe der vom Strafgesetz angedrohten Strafe (z. B. § 27 z. 2 G.V.G.), in anderen (z. B. 27 z. 4 bis 8) die Höhe des durch die That verursachten Schadens, oder (z. B. nach § 75 G.V.G.) die Höhe der wahrscheinlich zu erkennenden Strafe, in anderen Fällen endlich die prozessuale Eigentümlichkeit des Falles (§ 27 z. 3 G.V.G.), oder die persönliche Eigenschaft der Beschuldigten (§ 73 z. 3 G.V.G.) massgebend gewesen. Vgl. ausführlich Löwe 2 und 3 zu § 1 St.P.O. Vgl. noch weiter § 6 E.G. z. G.V.G. und § 136 Abs. 1 G.V.G., wo wieder andere Gesichtspunkte durchgedrungen sind. Vgl. v. Kries 151, 153 ff. Ullmann 109 f. — Immerhin ist die nicht immer einfache Entscheidung der

b) Die Zuständigkeit der höheren Instanz wird allein durch das Gericht erster Instanz bestimmt [3]).

c) Die sachliche Zuständigkeit ist entweder eine ausschliessliche oder nicht ausschliessliche [4]). Die Ausschliesslichkeit besteht nur darin, dass in den von § 74 G.V.G. genannten Sachen niemals das Schöffengericht erkennen soll. Stehen solche Sachen mit schwurgerichtlichen oder reichsgerichtlichen nach §§ 2 bis 4 St.P.O. im Zusammenhang, so ist eine Verhandlung vor diesen Gerichten sehr wohl zulässig [5]).

II. a) Neben den Regeln über die sachliche Zuständigkeit sind Bestimmungen erforderlich, nach denen sich für jeden einzelnen Fall entscheiden lässt, welches einzelne, örtlich genau bezeichnete Gericht aus der Gruppe der sachlich zuständigen gleichartigen Gerichte thätig werden soll [6]), welches sachlich zuständige Gericht für diesen Fall örtlich zuständig sein soll. Zuständigkeit in diesem Sinne, **örtliche Zuständigkeit,** ist die vom Gesetz einem örtlich bestimmten, sachlich zuständigen Gericht gegebene Fähigkeit zur Behandlung bestimmter einzelner Straffälle.

Die St.P.O. §§ 7 ff., spricht hier vom **Gerichtsstand.** Man muss also nach ihr z. B. sagen: für die Sache A ist der Gerichtsstand bei dem Schwurgericht B begründet [7]).

b) Die Regelung des Gerichtsstandes wird nötig, weil jedem Gericht ein bestimmtes Raumgebiet, ein Gerichtssprengel zugewiesen ist [8]). Was diesem Sprengel angehört, hat das Gericht an sich zu ziehen. Alle Strafsachen, die in einem vom Gesetz bezeichneten örtlichen Zusammenhang mit ihm stehen, hat es zu erledigen [9]).

c) Die § 7 ff. St.P.O. bestimmen nur den Gerichtsstand für die erkennenden Gerichte erster Instanz. Die höhere Instanz be-

---

Frage, ob eine That „Verbrechen“ u. s. w. ist, von Wichtigkeit; vgl. den Wortlaut der §§ 27, 73 G.V.G. Das Nähere gehört ins Strafrecht; vgl. z. B. v. Liszt, auch Löwe 4 zu § 1 St.P.O. und z. B. E. VIII, 177, XVI, 433, R. V, 372, IX, 690.

[3]) Wenn das Schöffengericht geurteilt hat, ist immer das Landgericht die höhere Instanz, selbst dann, wenn das Schöffengericht nicht sachlich zuständig war.

[4]) Vgl. § 74 G.V.G.

[5]) Löwe 2 zu § 74 G.V.G.

[6]) Z. B. also, welches der vielen Landgerichte in Deutschland für den von X in Y begangenen Diebstahl zuständig sein soll.

[7]) Der Sprachgebrauch wird von der St.P.O. nicht festgehalten; ebenso nicht von der C.P.O. Vgl. John I, 126 ff.

[8]) Wach, I, 348, Löwe 1a vor § 7 St.P.O., Ullmann 181.

[9]) Vor dem örtlich und sachlich zuständigen Gericht muss der Angeklagte Recht nehmen; er ist ihm dingpflichtig. Man sagt auch, er habe vor ihm seinen Gerichtsstand. Wird der Angeklagte vor ein örtlich unzuständiges Gericht gezogen, so hat er das Recht, die Unzuständigkeit zu rügen und vor das zuständige Gericht gestellt zu werden. Näheres gleich unten; auch Ullmann 182.

stimmt sich auch hier nach dem Gericht, das als erste Instanz thätig geworden ist[10]).

III. Die zur Erledigung einer Sache erforderlichen gerichtlichen Handlungen sind von der St.P.O. meist auf mehrere Gerichts-Behörden oder Organe verteilt. Nicht alle erforderlichen Handlungen nimmt das erkennende Gericht wahr. Bestimmte Geschäfte weist die St.P.O. dem untersuchenden oder beschliessenden Gerichte zu[11]). Wenn man die anderen Gerichten und Gerichtsorganen zugewiesene Thätigkeit neben der des erkennenden Gerichts I. Instanz im Auge hat, spricht man von funktioneller Zuständigkeit dieser Gerichte und Organe[12]).

a) Es wird vom Gesetz genau bestimmt, welche Gerichtsklasse die nicht vom erkennenden Gericht I. Instanz zu erledigenden Geschäfte zu übernehmen hat, für sie also die sachliche funktionelle Zuständigkeit besitzt. So ordnet z. B. § 156 G.V.G. an, dass die Amtsgerichte die Rechtshilfe zu leisten haben, dass sie nach § 30 Abs. 2 G.V.G. in den Schöffengerichtssachen die ausserhalb der Hauptverhandlung zu erlassenden Entscheidungen zu fällen haben[13]).

b) Das Gesetz hat weiter bestimmt, welches einzelne der sachlich funktionell zuständigen Gerichte im gegebenen Fall thätig zu werden hat. So ist nach § 158 G.V.G. für Rechtshilfehandlungen das Amtsgericht, in dessen Bezirk die begehrte Handlung vorzunehmen ist, berufen, und für die Beschlussfassung in Schwurgerichtssachen die Strafkammer des Landgerichts, bei dem das Schwurgericht zusammentritt, funktionell örtlich zuständig[14]).

---

[10]) Vgl. Löwe 1c zu Abschnitt 2 der St.P.O. Hat z. B. das Schöffengericht Breslau geurteilt, so ist die Strafkammer des Landgerichts Breslau stets das zuständige Berufungsgericht. Vgl. auch v. Kries 163 und oben Anm. 3.

[11]) So hat in einer Schwurgerichtssache die Voruntersuchung der landgerichtliche Untersuchungsrichter, die Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens trifft die Strafkammer, die Hauptverhandlung und das Urteil gehört dem Schwurgericht.

[12]) Vgl. Wach I, 350, der insbesondere auch auf die Geschäfte der Rechtsmittelgerichte gegenüber der ersten Instanz hinweist. Vgl. auch v. Kries 152. Der Ausdruck „Zuständigkeit“ wird vom Gesetz hier regelmässig nicht verwendet. Vgl. aber § 72 G.V.G., § 124 Abs. 1 St.P.O., auch § 50 Abs. 3: „Die Befugnis . . . steht zu“.

[13]) Für die Voruntersuchung bestimmt § 172 St.P.O., für gewisse Entscheidungen in Schwurgerichtssachen § 82 G.V.G., für die Verhaftung z. B. § 124 St.P.O. die funktionelle sachliche Zuständigkeit.

[14]) Vgl. Löwe zu § 83 G.V.G.

## § 24.

## Die sachliche Zuständigkeit der einzelnen Strafgerichte.

I. Der Geschäftskreis der Amtsgerichte ist ein sehr mannigfaltiger.

a) Das G.V.G. geht davon aus, dass grundsätzlich nur Kollegialgerichte erkennende Strafgerichte sein sollen. Davon weicht § 211 Abs. 2 St.P.O. ab, indem er die dort genannten, den Schöffengerichten nach § 27 G.V.G. zustehenden, meist einfach liegenden Sachen unter bestimmten Voraussetzungen im Interesse schneller Erledigung dem Amtsrichter ohne Schöffen zur Aburteilung zuweist. Was für die Urteile des Schöffengerichts gilt, gilt auch für die des Amtsgerichts [1]).

b) Allein die Amtsgerichte sind zuständig zum Erlass der von § 447 ff. St.P.O. genannten Strafbefehle [2]).

c) Allein die Amtsgerichte haben nach § 158 ff. G.V.G. den andern ordentlichen Gerichten Rechtshülfe [3]) zu leisten.

d) Die Amtsgerichte haben die Verhandlung von Strafsachen vorzubereiten, indem sie z. B. nach § 164 St.P.O. Untersuchungshandlungen vornehmen [4]). Den Amtsgerichten liegt nach § 30 G.V.G. weiter die Vorbereitung der schöffengerichtlichen Sachen ob.

e) Die Amtsrichter können nach § 483 St.P.O. in bestimmtem Umfang strafvollstreckende Richter sein [5]).

II. Die Schöffengerichte sind nur erkennende Gerichte und nur Gerichte erster Instanz [6]). Ihre Zuständigkeit ist entweder eine ursprüngliche, insofern ihnen § 27 G.V.G. bestimmte

---

[1]) Es sind gegen sie die gleichen Rechtsmittel gegeben; näheres unten. Landesrecht kann den Amtsgerichten nach § 3 Abs. 3 E.G. z. St.P.O. noch die Feld- und Forstrügesachen zuweisen. Vgl. Näheres bei Löwe 7 ff. zu § 3 E.G. z. St.P.O. Der Begriff der Feldrügesachen ist landesrechtlich zu bestimmen. Vgl. auch § 370 z. 1 und 2 St.G.B. und John I, 95 ff. Es kann ein „besonderes“ Verfahren, d. h. ein von dem der St.P.O. abweichendes stattfinden. Vgl. dazu E. XI, 321, XIII, 270, R. VIII, 105. Insoweit ein Verfahren in der höheren Instanz stattfindet, gilt nicht „Besonderes“. Das Gesetz spricht nur vom amtsgerichtlichen Verfahren. Vgl. v. Kries 77, Glaser I, 289, a. M. Löwe 11, Stenglein zu § 3 E.G. z. St.P.O. Es handelt sich um ein besonders geartetes Verfahren vor dem ordentlichen Gericht. Daher gilt nach E. III, 157, R. II, 693 der § 2 St.P.O., nach E. XIII, 383 auch § 269 St.P.O; Löwe 12, Stenglein 5 zu § 3 E.G. z. St.P.O., v. Kries 154; aber auch John I, 98. Für Preussen vgl. die Ges. v. 15. April 1878 und 1. April 1880, v. Kries 77.

[2]) Vgl. das Nähere unten im IV. Buch.

[3]) Vgl. darüber unten § 35.

[4]) Vgl. z. B. §§ 160, 163, 164, 183, 184 St.P.O.

[5]) Vgl. unten im V. Buch. Die Amtsgerichte haben noch andere Geschäfte der Justizverwaltung zu erledigen; § 39 G.V.G. ff.

[6]) Sie sind die erkennenden Gerichte unterster Ordnung.

Sachenklassen überträgt oder eine solche kraft Überweisung durch das Landgericht, eine abgeleitete, delegierte, insofern sie sich erstreckt auf Sachen, für die die Strafkammern zuständig sind, die aber den Schöffengerichten gemäss § 75 G.V.G. überwiesen werden. Durch die Überweisung wird die Zuständigkeit der Schöffen [7]) für diesen einzelnen Fall begründet.

a) Die ursprüngliche, unmittelbare Zuständigkeit der Schöffengerichte [7]) umfasst nach § 27 G.V.G. alle Übertretungen im Sinne des § 1 St.G.B., alle Privatklagesachen nach § 414 ff. St.P.O. und eine Anzahl von Vergehen, insbesondere solche gegen das Vermögen bei geringem Wert des dem Verletzten zugefügten Schadens [8]). Dass übrigens diese Begrenzung durch den Wert keine absolut zwingende ist, zeigt § 28 G.V.G.

---

[7]) Vgl. schon den vorigen § zu Anm. 2.

[8]) Die Strafverfolgung aller dieser Delikte hat der Amtsanwalt; vgl. über ihn unten § 43 ff. Unter § 27 z. 2 fallen z. B. die Vergehen aus §§ 123 Abs. 1, 148, 299 St.G.B., nicht z. B. die aus §§ 116, 132 St.G.B.; im § 116 übersteigt die Geldstrafe, im § 132 die Freiheitstrafe das von § 27 G.V.G. angegebene Grenzmass. Bezüglich der Einziehung E. XII, 75, R. VII, 150. Die Höhe der an Stelle der Geldstrafe zu substituierenden Freiheitsstrafe ist für § 27 G.V.G. gleichgiltig. Die Strafen stehen „in Verbindung mit einander" sowohl wenn sie neben einander, wie wenn sie wahlweise erkannt werden können oder müssen. In den Fällen, in denen nach Zoll- und Steuergesetzen auf ein Vielfaches des hinterzogenen Betrages zu erkennen ist, ergiebt sich die Höhe der angedrohten Strafe aus der Höhe der Hinterziehung. Sind 75 Mark hinterzogen, so ist, wenn das Gesetz das achtfache androht, eine Geldstrafe von 600 Mark angedroht; ebenso Löwe 11, Stenglein 8 zu § 27 G.V.G. Die in § 27 z. 3 genannten Privatklagesachen können im Falle des Zusammenhangs nach § 2 St.P.O. auch an die Strafkammer oder das Reichsgericht kommen; vgl. § 424 Abs. 2 St.P.O. und noch unten bei der Privatklage. Wird bei Beleidigungen und Körperverletzungen die öffentliche Klage erhoben, so finden § 73 z. 1 und § 75 z. 4 und 5 G.V.G. Anwendung. Auch Beleidigungen durch die Presse gehören, wenn Privatklage erhoben wird, vor die Schöffen, selbst da, wo § 6 E.G. z. G.V.G. Giltigkeit hat. In den Fällen des § 27 z. 4 bis 8 ist das Gericht in der Strafzumessung vollkommen frei und nicht gehindert, über die in z. 2 genannte Strafe hinauszugehen, es kann auch z. B. die bürgerlichen Ehrenrechte aberkennen u. s. w. Schwierigkeiten ergeben sich in den Fällen, in denen Versuch der in § 27 z. 4 ff. gegenannten Vergehen vorliegt und ein Schaden überhaupt nicht eingetreten ist. Man wird mit Löwe 18 zu § 27 G.V.G. den Schaden, der bei Vollendung vermutlich eingetreten wäre, falls sich das ermitteln lässt, zu Grunde legen müssen. Ist eine solche Ermittelung nicht möglich, so ist § 27 unanwendbar; vgl. auch Stenglein 11 zu § 27 G.V.G.; a. M. Hauck 5 zu § 27 G.V.G., der den Versuch stets vor die Schöffen bringen will. Übersteigt der Wert 25 Mark, so kann die Zuständigkeit des Schöffengerichts eventuell durch Überweisung gemäss § 75 G.V.G. begründet werden. Die § 27 z. 8 genannten Fälle der Begünstigung und Hehlerei sind wegen ihres Zusammenhangs (§ 2 St.P.O.) mit der Hauptthat vor die Schöffen verwiesen. Man wollte eine gemeinsame Verhandlung mit der Hauptthat ermöglichen; vgl. aber auch Löwe 25 zu § 27 G.V.G.

b) Die durch Überweisung[9]) nach § 75 G.V.G. begründete mittelbare Zuständigkeit erstreckt sich auf eine weitere Reihe von Vergehen der verschiedensten Art, nie aber auf ein Verbrechen[10]). Massgebend ist für die Überweisung der Gesichtspunkt, dass „nach den Umständen des Falles" anzunehmen ist, es werde keine höhere Strafe als die in § 27 z. 2 G.V.G. genannte, bezw. keine Busse über 600 Mark erkannt werden. Die Überweisung zwingt aber das Schöffengericht nicht, sich auch innerhalb jener Grenzen zu halten; das Urteil kann auf eine höhere als die erwartete Strafe ergehen[11]). Die Überweisung erfolgt nur auf Antrag der Staatsanwaltschaft, dem das Gericht nach § 75 G.V.G. stattgeben kann, aber nicht stattgeben muss[12]).

III. Die Landgerichte sind in ihren Strafkammern

a) als erkennende Gerichte mittlerer Ordnung nach §§ 73 u. 74 G.V.G. zuständig in erster Instanz für sämtliche Vergehen, die den

---

[9]) Die Strafkammer erlässt den Eröffnungsbeschluss, nicht das Schöffengericht. Näheres unten beim Eröffnungsbeschluss. Die Überweisung erfolgt an das Schöffengericht des Landgerichtsbezirks, das die örtliche Zuständigkeit besitzt; Ullmann 124, Löwe 9 zu § 75 G.V.G. Die Überweisung erfolgt „bei Eröffnung des Verfahrens", gleichzeitig mit ihr; sie kann nicht später nachgeholt werden; Löwe 4, Stenglein 6 zu § 75 G.V.G.

[10]) Bei Verbindung mehrerer Fälle ist das für jeden Einzelfall zu prüfen; die Höhe der etwa zu erwartenden Gesamtstrafe (§ 74 St.G.B.) kommt nicht in Betracht. Zu § 75 z. 4 ist zu beachten, dass die Ermächtigung dem Antrage nicht gleichsteht; E. XVIII, 382. Über eine Erweiterung des § 75 G.V.G. bezüglich einiger durch die Gewerbe-Ordnung bedrohter Vergehen vgl. R.G. v. 1. Juni 91. In den Fällen des § 464 St.P.O. soll das Antragsrecht der Verwaltungsbehörde „in gleicher Weise" wie der Staatsanwaltschaft zustehen. Löwe 20 und Stenglein 13 zu § 75 fassen das so auf, als ob sowohl die Staatsanwaltschaft als die Verwaltungsbehörde zu diesem Antrage befugt sind. Stenglein bezieht sich auf den Wortlaut des Gesetzes. Dieser kann auch bedeuten, dass hier die Verwaltungsbehörde das Recht haben soll, das in anderen Fällen die Staatsanwaltschaft besitzt. Anders würde die Sache liegen, wenn etwa § 75 G.V.G. sagte, der Antrag stehe „auch" der Verwaltungsbehörde zu; vgl. z. B. § 137 Abs. 2 St.P.O.

[11]) Das Schöffengericht ist nicht gehindert, z. B. in einem Falle des § 113 St.G.B. auf Gefängnis von 2 Jahren zu erkennen, im Falle des § 183 St.G.B. die bürgerlichen Ehrenrechte abzuerkennen u. s. w. Vgl. auch Löwe 5a zu § 75 G.V.G.

[12]) Die Ablehnung des Antrags braucht nicht begründet zu werden; Löwe 8 zu § 75 G.V.G. Über die Zurücknehmbarkeit der Überweisung R. I, 336. Der die Überweisung aussprechende wie der sie ablehnende Beschluss der Strafkammer kann mit Beschwerde nicht angefochten werden. Man wird das auch mit Rücksicht auf den Wortlaut des § 75 in den Fällen annehmen müssen, in denen die Überweisung bei einem von § 75 nicht genannten Delikt rechtlich unzulässig erfolgte. Es hilft dann nur § 270 St.P.O. In den Fällen, in denen die Überweisung zwar in einem Falle, in dem sie an sich zulässig war, aber ohne Antrag der Staatsanwaltschaft erfolgte, kann § 270 nicht Anwendung finden. In einem solchen Falle giebt es kein Mittel gegen den Fehler. Vgl. auch Stenglein 5; a. M. Löwe 19 zu § 75 G.V.G. Letzterer stützt seine abweichende Ansicht auf § 209 Abs. 2 St.P.O., der auf diesen Fall jedoch nicht zutrifft. Vgl. auch John II, 747; Ullmann 123.

Schöffengerichten nicht durch Gesetz ursprünglich zugewiesen sind [13]), sowie für eine Anzahl Verbrechen [14]), insbesondere auch für alle Verbrechen jugendlicher Personen im Sinne des § 56 St.G.B. [15])

b) Als erkennende Gerichte zweiter Instanz [16]) sind sie gemäss § 76 G.V.G. Berufungsgerichte für sämtliche von den Schöffengerichten [17]) abgeurteilten Sachen.

c) Als beschliessende Gerichte sind die Strafkammern zuständig in erster Instanz für die von § 72 G.V.G. erwähnten Entscheidungen, zu denen insbesondere auch die Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens in den Schwurgerichts- und den Strafkammersachen gehört, in zweiter Instanz sind sie Beschwerdegerichte gegenüber Entscheidungen des Amtsrichters, Untersuchungsrichters und der Schöffengerichte [18]).

d) Ausserdem führt beim Landgericht der Untersuchungsrichter [19]) die Voruntersuchung in den vor die Schwurgerichte und die Strafkammern als erkennende Gerichte erster Instanz gehörigen Sachen [20]).

IV. Die Schwurgerichte sind nur erkennende Gerichte und nur Gerichte erster Instanz, sowie nach § 80 G.V.G. nur zuständig für Verbrechen, und zwar für alle die, die nicht vor die Strafkammern oder das Reichsgericht gehören. Soweit ihnen vor Inkrafttreten des G.V.G. landesrechtlich die „durch die Presse begangenen“ strafbaren Handlungen überwiesen waren, soll durch das G.V.G. daran nichts geändert werden; eine Zuweisung nach dem

---

[13]) Auch für die in § 75 G.V.G. genannten, die die Strafkammer aburteilt, wenn Überweisung nicht erfolgt.

[14]) Vgl. § 73 z. 2 G.V.G.; welche Strafen als Nebenstrafen angedroht sind, ist gleichgiltig. Eine Zusammenstellung der unter § 73 z. 2 gehörenden Delikte giebt Löwe 4a zu § 73 G.V.G. Vgl. auch E. VIII, 177, R. V, 372. Über die Bedeutung des „ausschliesslich“ in § 74 G.V.G. schon den vorigen § zu Ic.

[15]) Im Falle des Zusammenhangs mit einer Schwurgerichtssache ist übrigens eine Aburteilung des Jugendlichen durch die Geschworenen nicht ausgeschlossen. In den Fällen des § 136 gehört der Jugendliche vor das Reichsgericht; § 136 G.V.G. ist „lex specialis“ gegenüber § 73 G.V.G.

[16]) Vgl. hierzu das im vorigen § über die sogenannte funktionelle Zuständigkeit Gesagte und v. Kries 161 ff.

[17]) Bezw. in den gemäss § 211 Abs. 2 St.P.O. erledigten Sachen.

[18]) Über die Beschwerde unten bei den Rechtsmitteln.

[19]) Vgl. dazu § 182, aber auch § 183 St.P.O., sowie § 60 G.V.G. **Ausführlich** Ullmann 150 ff.

[20]) Vgl. § 176 St.P.O.

1. Oktober 1879 war dem Landesrecht nicht möglich[21]). Privatklagesachen können nach § 424 St.P.O. nicht vor das Schwurgericht gezogen werden[22]).

V. Die Oberlandesgerichte[23]) sind nie Gerichte erster Instanz und nie Untersuchungsgerichte.

a) Als erkennende Gerichte sind sie Gerichte zweiter Instanz in den von § 123 z. 3 G.V.G. genannten, von den Landgerichten in erster Instanz entschiedenen Sachen[24]), Gerichte dritter Instanz nach § 123 z. 2 G.V.G. in den von den Strafkammern in zweiter, also von den Schöffengerichten in erster Instanz abgeurteilten Sachen.

b) Als beschliessende Gerichte sind sie Beschwerdegerichte zweiter oder dritter Instanz nach § 123 z. 5 G.V.G.[25]), und haben nach § 170 ff. St.P.O. über die Erhebung der öffentlichen Klage zu entscheiden.

VI. Das Reichsgericht[26]) ist Gericht erster, zweiter und dritter Instanz. Es ist zuständig als

---

[21]) Der § 6 E.G. z. G.V.G. ist ein sogenannter Kompromissparagraph. Er hat Bedeutung für Bayern, Württemberg, Baden und Oldenburg. Vgl. E. XVIII, 293, XXVI, 340, R. X, 704. Sofern die reichsgerichtliche Zuständigkeit begründet ist, mag sie auch nur auf Zusammenhang (§§ 2 ff. St.P.O.) beruhen, kommt das Schwurgericht nicht in Frage. Dass das Schwurgericht auch in den Fällen des § 6 E.G. z. G.V.G. zu den ordentlichen Gerichten zählt, also auch die §§ 140, 176 u. s. w. St.P.O. gelten, ist heute kaum noch bestritten; Löwe 4 zu § 6 E.G. z. G.V.G. Vgl. noch Ullmann 129, John I, 151, Hauck 226.

[22]) Die Ausnahme des § 6 kommt gegenüber § 424 St.P.O. nicht in Frage vgl. auch z. B. Art. 35 z. 3 Bayr. A.G.

[23]) Vgl. noch § 9 E.G. z. G.V.G., von dem Preussen und Bayern Gebrauch gemacht haben. Das dort genannte „eine der mehreren Oberlandesgerichte" ist nicht mit dem „obersten Landesgerichte", das nach § 8 E.G. z. G.V.G. nur Civilgericht ist, zu verwechseln.

[24]) Regelmässig geht die Revision gegen Urteile der Strafkammern an das Reichsgericht. Vgl. den Fall in E. XXII, 113, in dem es sich um ein allerdings starkes Versehen handelt. Die Abgrenzung der vor die Oberlandesgerichte und das Reichsgericht gehörigen Revisionen ist oft schwierig; vgl. Löwe 4 zu § 123 G.V.G. Kompetenzkonflikte hindert § 388 St.P.O.

[25]) Vgl. §§ 346 ff. St.P.O. Die Zuständigkeit der Strafkammer als Beschwerdegericht vgl. in § 72 G.V.G. Vgl. noch Löwe 7 ff. zu § 123 G.V.G.

[26]) Man hat die Frage aufgeworfen, ob das Reichsgericht, wenn es als erste Instanz urteilt, als ordentliches Gericht oder als besonderes Gericht anzusehen ist. Wäre es ein besonderes Gericht, so würde es unzulässig sein, vor ihm Sachen, die zur Zuständigkeit etwa des Schwurgerichts gehören und mit einer reichsgerichtlichen Sache gemäss § 2 St.P.O. im Zusammenhang stehen, verbunden abzuurteilen. In der R.J.K. wurde die Ansicht, es handele sich hier um ein besonderes Gericht, vertreten. Die Meinung ist aber weder in das Gesetz übergegangen, noch findet sie sich in den Motiven. Auch das Reichsgericht selbst steht auf der Praxis, dass es als I. Instanz ordentliches Gericht sei. So auch v. Kries 153; Löwe 4, Stenglein 2 zu § 136 G.V.G. und die dort Genannten; unklar John I, 147 ff.

a) erkennendes Gericht erster Instanz nach § 136 Abs. 1 G.V.G. für die Fälle des Hoch- und Landesverrats gegen Kaiser und Reich [27]). Als Gericht zweiter Instanz ist es nach § 136 Abs. 2 G.V.G. Revisionsgericht gegenüber allen Urteilen der Schwurgerichte und den Urteilen der Strafkammern in erster Instanz, insoweit nicht das Oberlandesgericht zuständig ist. Es ist dritte Instanz gemäss § 136 a. E. G.V.G. in reichsfiskalischen Zoll- und Steuerprozessen [28]).

b) Beschliessendes Gericht ist das Reichsgericht, insoweit es sich um die Thätigkeit des ersten Strafsenats nach § 138 Abs. 1 G.V.G. handelt. Beschwerdegericht ist es in Strafsachen gegenüber den Entscheidungen seines Untersuchungsrichters, sowie im Falle des § 160 G.V.G. [29]).

c) Untersuchungsgericht ist es in den Sachen, in denen es als erste Instanz zuständig ist.

## III. Der Gerichtsstand.

### § 25.

### Allgemeines.

I. Die Frage, welches sachlich zuständige Gericht im Einzelfall zur Aburteilung als erste Instanz [1]) berufen sein soll, ist in allen Fällen

---

[27]) Für diese und ähnliche Sachen war nach Art. 75 V.U. bis zur Einsetzung des Reichsgerichts das Ober-Appellationsgericht Lübeck zuständig. Hoch- und Landesverrat sind alle von §§ 80 bis 92 St.G.B. genannten Handlungen, nicht aber auch die mit Bezug auf sie begangene Begünstigung (§ 257 St.G.B.) und die Unterlassung aus § 139 St.G.B. Auf das Alter des Thäters kommt es nicht an; § 73 z. 3 G.V.G. gilt dem Reichsgericht gegenüber nicht; vgl. Löwe 3b zu § 136 G.V.G. und Ullmann 148. Sind die Handlungen gegen den einzelnen Bundesstaat gerichtet, so kommt das Schwurgericht in Frage. Das Verfahren vor dem Reichsgericht ist nicht besonders geregelt; es weicht vom normalen grundsätzlich nicht ab; vgl. Einzelheiten in den §§ 140, 170, 176, 184, 207 u. s. w. St.P.O. Vgl. im übrigen die Darstellung bei Löwe 7b zu § 136 G.V.G., Ullmann 148, v. Kries 157. In den Fällen des Zusammenhangs nach § 2 ff. St.P.O. kommen auch andere Sachen vor das Reichsgericht. Kritische Bemerkungen zu § 136 G.V.G. bei v. Kries 97 ff.; vgl. auch Laband II, 374 ff.

[28]) Das Gesetz will möglichst einheitliche Rechtsprechung in diesen Fragen sichern. Vgl. Art. 35, 38, 49 R.V. u. s. w. Dass Erträge aus der Reichskasse den einzelnen Bundesstaaten zu überweisen sind, ändert an der Zuständigkeit des Reichsgerichts nichts; E. VIII, 326, R. V, 304. Sie umfasst alle „Zuwiderhandlungen" nicht blos die Hinterziehungen. Vgl. noch E. VII, 326, XXVII, 15. Löwe 16, aber auch Stenglein 7 zu § 136 G.V.G. sowie § 388 St.P.O.

[29]) Von den Konsularsachen wird hier abgesehen; vgl. E. XXVIII, 31. Vgl. § 138 und 72 G.V.G; später zu behandelnde Einzelheiten unten bei § 9 sowie §§ 12 bis 15 St.P.O. u. s. w, wo als „gemeinsames oberes Gericht" auch das Reichsgericht in Frage kommen kann.

[1]) Die St.P.O. hat in § 7 ff. nur die Zuständigkeit der erkennenden

aufzuwerfen, wo eine Mehrzahl sachlich zuständiger Gerichte gleicher Art vorhanden ist, also überall da, wo nicht das Reichsgericht als erste Instanz in Frage kommt.

a) Das Wort Gerichtsstand bedeutet sprachlich ein Stehen vor Gericht. Die deutsche Rechtssprache versteht darunter die Pflicht des Beklagten vor einem bestimmten Gericht zu Recht zu stehen, Recht zu nehmen. In diesem Sinne sagt man, der Beklagte habe vor einem Gericht seinen Gerichtsstand [2]).

b) Man verwendet heute das Wort so, dass man sagt, für eine bestimmte Sache [3]) sei vor einem örtlich bestimmten, sachlich zuständigen Gericht der Gerichtsstand begründet. Man versteht unter Gerichtsstand die Zuständigkeit dieses Gerichts für die Sache, d. h. die örtliche Zuständigkeit [4]).

c) Regelmässig fügt man noch den Umstand, der die Zuständigkeit begründet, dem Wort Gerichtsstand hinzu und spricht von einem Gerichtsstand des Wohnsitzes u. s. w., um auszudrücken, dass das Gericht deshalb zuständig sein soll, weil der Beschuldigte in seinem Sprengel wohnt [5]).

II. a) Das Gesetz muss feststellen, welche örtlichen Beziehungen der einzelnen Sache oder der Person des Beschuldigten zu dem Sprengel eines sachlich zuständigen Gerichts vorhanden sein müssen, um einen Gerichtsstand vor diesem Gericht zu begründen [6]). Die Mehrzahl der deutschen Strafprozessgesetze vor Erlass der St.P.O. haben dem Gerichte des Thatorts, dem „forum delicti commissi", den Vorzug vor anderen Gerichten gegeben, weil dort regelmässig die Beweisführung am leichtesten sei [7]). Der einzige Zuständigkeitsgrund

---

Gerichte erster Instanz im Auge. Die funktionelle örtliche Zuständigkeit der Gerichte höherer Instanz, bezw. die für einzelne Handlungen, z. B. die Rechtshülfe, ist in zusammenhängender Weise nicht geregelt. Grundsätzlich ist das Gericht örtlich zuständig, in dessen Sprengel gehandelt werden muss; vgl. z. B. §§ 158 G.V.G., 125 St.P.O. u. s. w., v. Kries 163. Zur höheren Instanz ist stets das Gericht berufen, in dessen Bezirk das Gericht erster Instanz sich befindet.

[2]) Vgl. auch z. B. § 12 C.P.O. Das Gericht hat ihm gegenüber Zwangsgewalt, er ist ihm dingpflichtig; vgl. Ullmann 182.

[3]) Richtiger für einen Beschuldigten wegen einer bestimmten Sache.

[4]) Die St.P.O. hätte besser von örtlicher Zuständigkeit gesprochen; John I, 126. Ungebräuchlich ist der Ausdruck „subjektive Kompetenz"; Wetzell 473 ff. Vgl. auch Planck I, 25, Wach I, § 33.

[5]) Ebenso im Civilprozess. Wenn man von einem „privilegierten Gerichtsstand" spricht, z. B. von dem der Standesherren nach § 7 E.G. z. G.V.G., so bedeutet da das Wort nicht örtliche Zuständigkeit.

[6]) Geschichtliches bei v. Kries 165.

[7]) Vgl. darüber die Kritik bei John I, 189 ff.

durfte dies jedoch nicht sein[8]). Deshalb war aushülfsweise dem Gericht des Wohnorts des Beschuldigten, dem „forum domicilii“, oder auch dem Gericht, in dessen Bezirk der Verdächtige ergriffen wurde, dem „forum deprehensionis“ die Aburteilung zugewiesen.

b) Die St.P.O. hat bestimmt[9]), dass der Gerichtsstand des Thatorts und der des Wohnorts einander vollständig gleichberechtigt sein sollen, während der Gerichtsstand des Ergreifungsorts nur aushülfsweise beim Fehlen einer der beiden erstgenannten in Frage kommt[10]).

## § 26.

## Der Gerichtsstand des Thatorts.

Der Gerichtsstand des Thatorts und der des Wohnorts sind nach § 7 und § 8 St.P.O. einander gleichberechtigt[1]), d. h. der Klageberechtigte hat die Wahl, bei welchem von beiden Gerichten er die Anklage erheben will[2]).

II. a) Das „forum delicti commissi“ ist gegeben, wenn die strafbare Handlung im Bezirk des Gerichts begangen wurde. Welcher Ort

---

[8]) Man hätte sonst z. B. bei im Auslande begangenen Thaten im Inlande keinen Gerichtsstand.

[9]) Ebenso das frühere Badische und Braunschweigische Recht. Die beiden Gerichtsstände konkurrieren elektiv, während der Gerichtsstand des Ergreifungsorts ihnen subsidiär ist. Vgl. auch John I, 202.

[10]) Die civilprozessuale Scheidung der Gerichtsstände in allgemeine und besondere ist der St.P.O. unbekannt; vgl. z. B. Wach I, 395 ff. Ullmann 184 scheidet zwischen ordentlichen und ausserordentlichen Gerichtsständen; ähnlich Glaser II, 162. Auch diese Scheidung ist der St.P.O. fremd; die Entwürfe der St.P.O. kannten sie. Über den privilegierten Gerichtsstand der Militärpersonen u. s. w. vgl. schon oben S. 38.

[1]) Am Orte des Wohnsitzes kann grundsätzlich nur dann ein Gerichtsstand für die That entstehen, wenn sie auch an ihm strafbar ist. Das ist nicht immer der Fall; bei der Verschiedenheit des Inhalts der Landesstrafgesetze kann es leicht vorkommen, dass eine That in Bayern strafbar ist, in Preussen, wo der Thäter wohnt, dagegen nicht. Man setze z. B. den Fall, der in Berlin wohnende A mache sich in Bayern des dort strafbaren Konkubinats schuldig. In diesem Falle erlangt nur Bayern ein Strafrecht; vgl. schon oben bei der Behandlung der Gerichtsbarkeit im Reich und auch John I, 204. Innerhalb desselben Staates kommt es nicht darauf an, ob eine That auch am Wohnort strafbar ist. Der A aus Breslau, der am Rhein eine den Weinbau schützende Polizeiverordnung übertritt, kann auch in Breslau verfolgt werden. Vgl. auch Stenglein 4 zu § 8 St.P.O.

[2]) Über die Anklage und die Klageberechtigten, insbesondere den Staatsanwalt und den Privatkläger vgl. unten. In den Fällen der §§ 447 ff., 453 ff. St.P.O. und der §§ 459 ff. St.P.O. finden die §§ 7 ff. in entsprechender Weise Anwendung. Vgl. Löwe 1 zu §§ 7 und 8 St.P.O.



als **Begehungsort** anzusehen ist, hat das Gesetz nicht bestimmt [3]).

b) Wenn sich alle die Umstände, die nach dem Strafgesetz vorliegen müssen [4]), soll von einer Strafthat die Rede sein, in einem Gerichtsbezirk zugetragen haben, so liegt die Sache einfach; anders, wenn sie sich über mehrere Gerichtsbezirke verbreiten [4]). Unterschiede das Strafgesetz zwischen wesentlichen und unwesentlichen Thatbestandsmerkmalen, so könnte man als Thatort den ansehen, wo der Thatbestand in seinen wesentlichen Teilen verwirklicht wurde. Da das aber nicht der Fall ist, und es willkürlich wäre, irgend einen der zum Thatbestand gehörenden Umstände allein massgebend sein zu lassen, so muss man einen Thatort überall da annehmen, wo **ein Teil** des gesetzlich erforderten Thatbestands sich zugetragen hat [5]). Gehört zum Thatbestand das Eintreten eines Erfolges, so ist auch an dem Ort, wo dieser eintritt, der Gerichtsstand begründet [6]). Es kann sich auf diese Weise eine Mehrheit von Gerichtsständen des Thatorts ergeben [7]).

III. a) Für die Beteiligung [8]) an der That eines andern besteht zunächst der Gerichtsstand an dem Ort, wo die Beteiligungshandlung begangen ist. Das Strafgesetz behandelt aber die Fälle der Teilnahme als „Accessorium" der Hauptthat und auch die übrigen Fälle der Beteiligung stehen mit der Hauptthat in engem Zusammenhange. Sie werden von der St.P.O. der Teilnahme gleichgestellt. Deshalb ist auch am Orte der Hauptthat ein Gerichtsstand für alle Fälle der Beteiligung anzunehmen [9]).

---

[3]) Man muss die Frage aus den von v. Kries 167 Anm. 1 angegebenen Gründen für das Strafrecht und den Strafprozess einheitlich entscheiden, vgl. auch Olshausen 6 zu § 3 St.G.B.; a. M. Binding I, 415, Wach I, 463 und die 1. Aufl. dieses Buchs; vgl. auch E. XXIII, 156 ff.

[4]) Der Betrug z. B. ist erst vollendet, wenn falsche Thatsachen vorgespiegelt sind, wenn weiter durch diese Vorspiegelung u. s. w. ein Irrtum erregt wurde, wenn endlich unter Einwirkung dieses Irrtums die Vermögensbeschädigung erfolgte.

[5]) Vgl. besonders John I, 208 ff., ausführlich v. Kries 167, 168.

[6]) Vgl John I, 208 ff., Binding I, 417 ff., Wach I, 465, v. Kries 168; a. M. Löwe 1b zu § 7 St.P.O., Geyer 366 und E. XI, 745. Nicht klar Glaser II, 177 ff. Vgl. auch E. I, 276, R. I, 460, wo ausgesprochen wird, dass „die zum Thatbestand der Handlung mit gehörende Wirkung" von der Thätigkeit des Verbrechers nicht geschieden werden könne. Trotzdem wird in dieser E. nicht sowohl der Ort der Thätigkeit als auch der des Erfolges, sondern nur der letztere als der Ort bezeichnet, dem das Übergewicht zukomme. Anders wieder E. X, 422. Vgl. auch noch E. XI, 20, sowie die ziemlich weitgehende E. XXIII, 155. Ähnlich E. XV, 232, XXIII, 156 ff., daselbst eine Zusammenstellung der E. des Reichsgerichts über diese Frage; R. IX, 93. Hat z. B. ein Zweikampf sich zum Teil in dem einen, zum Teil in dem anderen Gerichtsbezirk abgespielt, so sind beide Gerichte zuständig; vgl. auch E. XX, 164 sowie Löwe 1a zu § 7 St P.O. Eingehend behandelt die Frage nach dem Ort der That v. Lilienthal, Marburg 1890.

[7]) Das Gesetz hat, wie Wach I, 465 sagt, und wie auch die Gleichberechtigung des „forum delicti commissi" und „domicilii" zeigt, keinen „Konkurrenzhorror".

[8]) „Beteiligung" ist hier in weiterem Sinne verwendet als der strafrechtliche Begriff der Teilnahme. Es werden darunter nicht nur verstanden Mitthäterschaft, Anstiftung und Beihilfe, sondern auch die in § 3 St.P.O. noch erwähnte Begünstigung und Hehlerei. Vgl. noch § 13 St.P.O. und näher unten.

[9]) So auch E. XI, 20, R. VI, 473. Die im Auslande begangene Teilnahme zu einer im Inlande begangenen That ist als im Inlande begangen anzusehen, a. M. war

b) Der Gerichtsstand der Unterlassungsdelikte ist da begründet, wo die unterlassene Handlung vorzunehmen war, ebenso da, wo durch die Handlung ein „rechtsförderlicher Erfolg" herbeigeführt werden sollte[10]). In den Fällen, wo Unterlassungen strafbar sind mit Bezug auf einen durch sie verursachten schädlichen Erfolg ist der Gerichtsstand auch am Orte des Erfolgs vorhanden.

c) Der Gerichtsstand der sog. fingierten oder mittelbaren Thäterschaft[11]) ist begründet am Orte, wo der mittelbare Thäter handelt, sowie da, wo der Gerichtsstand für die That des Werkzeugs entstehen würde, wenn sie strafbar wäre.

d) Auch für Pressdelikte[12]) gilt nichts besonderes. Ein Antrag, den Gerichtsstand da festzulegen, wo das Presserzeugnis erschienen ist, wurde bei Beratung des Gesetzes nicht angenommen. Das hat dahin geführt, dass man den Gerichtsstand als gegeben ansieht an allen den Orten, wo das Presserzeugnis verbreitet wurde. Ist die Presse benutzt zur Begehung eines anderen Delikts, so ist der Gerichtsstand auch da gegeben, wo für dieses Delikt (z. B. den Betrug) der Gerichtsstand des Thatorts vorliegt[13]).

IV. Nach § 10 St P.O. soll in dem Falle, dass eine That begangen wurde „auf einem deutschen Schiffe[14]) im Ausland[15]), oder in offener See", der Gerichtsstand begründet sein am Gericht des Heimatshafens[16]). Der Heimatshafen wird in Art. 435 H.G.B. nur für deutsche Handelsschiffe bestimmt. Für deutsche Kriegsschiffe giebt es keine gesetzliche Bestimmung. Man wird für sie als Heimatshafen ansehen müssen den Hafen der Marinestation[17]), der das Kriegsschiff zugeteilt ist.

a) Die auf einem deutschen Kriegsschiffe im Ausland oder auf offener See

---

E. IX, 10, R. V, 434. Vgl. auch v. Liszt § 30; Löwe 2 zu § 7 St.P.O., John I, 216. Nicht ist auch umgekehrt ohne weiteres der Gerichtsstand der Hauptthat an jedem Orte der Beteiligung gegeben.

[10]) So Binding, I, 423; anders John I, 228, Löwe 1d zu § 7 St.P.O.; Liszt § 30.

[11]) Dahin gehört z. B. der Fall, dass jemand einen Irrsinnigen zur That benutzt. Vgl. Binding I, 424; v. Liszt § 50.

[12]) John I, 277 bis 288, Löwe zum Pressgesetz im Anhang des Kommentars; Glaser II, 186, auch E. XXIII, 155 ff.

[13]) Vgl. noch Löwe und John zu § 7 St.P.O., Glaser II, 182 ff., Ullmann 187 ff.

[14]) Schiffe sind hier nicht nur, wie im Falle des § 305 St.G.B., die Fahrzeuge, die, wie Olshausen sagt, „ihrer Grösse und Bedeutung wegen" von Kähnen u. s. w. sich unterscheiden. Der § 10 St.P.O. will einen Gerichtsstand schaffen, ohne dass es darauf ankommt, ob das Fahrzeug ein grosses oder kleines ist. Man vgl. § 163 M.St.G.B., der als Schiff ansieht „jedes Fahrzeug der Marine, auf welchem ein militärischer Befehlshaber mit Besatzung eingeschifft ist", ohne Rücksicht auf seine Grösse. Auf dem Schiff ist auch das strafbare Entlaufen des Schiffsmannes vom Schiff begangen, R. II, 261.

[15]) Unverständlich ist v. Kries 169. Der Paragraph sagt nicht, die Handlung sei „im Ausland", sondern „auf einem deutschen Schiff im Ausland" begangen.

[16]) Der § 10 St.P.O. behandelt einen Gerichtsstand des Thatorts. Neben ihm besteht also noch der Gerichtsstand des Wohnorts. Vgl. Löwe 5 zu § 10 St.P.O., John I, 241, v. Kries 169, Ullmann 189, a. M. Stenglein 3 zu § 10 St.P.O., unklar Geyer 372.

[17]) A. M. John I, 240, der den ersten deutschen Hafen massgebend sein lässt, den das Kriegsschiff nach der That anläuft. Nach Stenglein 3, Löwe 4 zu § 10 St.P.O. sollen sowohl Heimatshafen wie Ankunftshafen in Frage kommen.



begangenen Thaten gehören mit verschwindenden Ausnahmen[18]) nicht vor die ordentlichen Gerichte. Ausnahmslos unterstehen den Militärgerichten die auf dem Kriegsschiff befindlichen Militärpersonen[19]). Die sich auf dem Kriegsschiff aufhaltenden Nichtmilitärpersonen, z. B. die von § 166 M.St.G.B. erwähnten[20]), unterliegen den Militärstrafgesetzen, ebenso finden die Kriegsgesetze im Sinne des § 9 M.St.G.B. auf den auf dem Schiff „dienstlich eingeschifften" Nichtmilitär[21]) Anwendung, während das Schiff sich gemäss § 164 M.St.G.B. im Kriegs**zustand**[22]) befindet. Aber diese Personen haben nur in Kriegs**zeiten** den Gerichtsstand vor den Militärgerichten, sie unterliegen zwar den Bestimmungen des Militär**straf**rechts, aber nicht dem Militärstraf**prozess**recht. Im Frieden werden sie von dem nach § 10 St.P.O. zuständigen Civilstrafgericht oder von dem des Wohnsitzes abgeurteilt.

b) Zu betonen ist, dass Kriegs- und Handelsschiffe im Ausland und auf offener See einander rechtlich nicht gleichstehen. Kriegsschiffe gelten überall als schwimmende Gebietsteile ihres Landes, Handelsschiffe nur auf offener See, nicht auch ohne weiteres in ausländischen Häfen oder Küstengewässern[23]). Delikte auf einem deutschen Kriegsschiff sind stets als in Deutschland begangen zu betrachten. Anders regelmässig die im Auslande auf deutschen Handelsschiffen begangenen Verbrechen[24]).

## § 27.

## Der Gerichtsstand des Wohnsitzes.

I. a) Der § 8 St.P.O. umfasst mehrere Gerichtsstände, nämlich
den Gerichtsstand des Wohnsitzes,
den Gerichtsstand des gewöhnlichen Aufenthalts und
den Gerichtsstand des letzten Wohnsitzes[1]).

Wie aus den Worten des § 8 St.P.O. hervorgeht, bestehen die drei Gerichtsstände nie gleichzeitig nebeneinander. Der später genannte Gerichtsstand besteht nur, falls der früher genannte nicht vorhanden ist.

---

[18]) Man nehme etwa an, dass vom Kriegsschiff aufgenommene Schiffbrüchige in deutschen Gewässern ein Delikt begehen.

[19]) Über den Begriff der Militärpersonen vgl. Hecker, Lehrbuch des Militär-Strafrechts.

[20]) Eine Kabinetsordre vom 15. 8. 85 bestimmt, dass die als Köche und Kellner angenommenen Civilpersonen als Personen des Soldatenstandes zu erachten sind; Marineverordnungsblatt 1885, 133.

[21]) Etwa einen in die Kolonien gehenden Beamten.

[22]) „Als im Kriegszustand befindlich ist jedes Schiff der Marine zu betrachten, welches ausserhalb der heimischen Gewässer allein fährt."

[23]) Vgl. darüber die Lehr- und Handbücher des Völkerrechts. Vgl. auch Olshausen 13 zu § 3 St.G.B., John I, 240.

[24]) Sie sind im Ausland begangen; vgl. § 4 St.G.B. Fremde Handelsschiffe in deutschen Gewässern unterstehen der deutschen Gerichtsbarkeit; E. II, 17, R. I, 642. Im übrigen vgl. Seemannsordnung §§ 100 bis 103 und Löwe 6 zu § 10 St.P.O., John I, 241, Ullmann 189.

[1]) Sie alle sind gemeint, wenn das Gesetz vom „Gerichtsstande des Wohnsitzes" spricht. Vgl. Löwe 2 zu § 8 St.P.O., John I, 229.

b) Dem Gerichtsstand des Thatorts gegenüber ist das nicht der Fall. Der im einzelnen Falle vorhandene Gerichtsstand aus § 8 St.P.O. ist dem „forum delicti commissi“ gleichberechtigt [2]).

II. a) Welcher Ort als Wohnsitz anzusehen sei, sagt das Gesetz nicht. Bei seiner Bestimmung ist zunächst die C.P.O. zu beachten [3]). Sie hat zwar den Wohnsitz ebenfalls nicht bestimmt, wohl aber die civilrechtliche Lehre vom Wohnsitz ergänzt und geändert. Der Begriff des Wohnsitzes auch im Sinne des § 8 St.P.O. ist nach Landesrecht zu bestimmen [4]); zur Ergänzung muss § 17 C.P.O. [5]) herangezogen werden. Ein mehrfacher Wohnsitz begründet einen mehrfachen Gerichtsstand, ebenso ein mehrfacher letzter Wohnsitz.

b) Die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthaltsorts kann nicht allgemein, sondern muss für den einzelnen Fall erfolgen. Der gewöhnliche Aufenthalt ist nicht mit dem dauernden Aufenthalt des § 21 C.P.O. zu verwechseln. Auch ohne Dauer kann der Aufenthalt ein „gewöhnlicher“ sein [6]).

IV. Massgebend für die Begründung des Gerichtsstandes ist nicht die Zeit der Begehung der That, sondern die Zeit der Anklageerhebung [7]). Änderung des Wohnsitzes u. s. w. nach der Klageerhebung hebt den begründeten Gerichtsstand nicht auf.

IV. Für die im Inlande [8]) oder im Auslande exterritorialen Deutschen und für die im Auslande angestellten deutschen Beamten [9]) schafft § 11 St.P.O. einen Gerichtsstand des Wohnsitzes: Sie sollen „in Ansehung des Gerichtsstandes“ ihren Wohnsitz, den sie im Inland hatten, behalten [10]). Fehlt ein solcher, so

---

[2]) Vgl. John I, 229.

[3]) Der Unterstützungswohnsitz kommt für den Strafprozess nicht in Frage. Ullmann hat die entgegengesetzte in H. H. I, 156 vertretene Ansicht im Lehrbuch nicht wieder vorgetragen.

[4]) Vgl. die Lehrbücher des bürgerlichen Rechts und die Kommentare zu C.P.O. § 13, auch Löwe 3 zu § 8 St.P.O.

[5]) Die Delikte der in §§ 14 und 15 C.P.O. Genannten gehören nicht vor die ordentlichen Gerichte. Der § 16 C.P.O. und § 11 St.P.O. stimmen wörtlich miteinander überein.

[6]) A, der in Rom wohnt, reist jedes Jahr nach Kopenhagen, jedesmal hält er sich in Kiel 3 Wochen auf. Kiel ist der gewöhnliche Aufenthaltsort. Es ist auch denkbar, dass jemand an mehreren Orten seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Man nehme an, der A bleibe regelmässig 14 Tage in Berlin und 14 Tage in Kiel. Vgl. auch John zu § 8; a. M. v. Kries 169.

[7]) Die öffentliche Anklage ist erhoben in dem Augenblicke, in dem die Anklageschrift dem Gericht eingereicht oder der Antrag auf Voruntersuchung gestellt ist. Vgl. näheres unten und schon hier die §§ 168, 177, 197, 420 St.P.O. u. s. w. Wird gegen eine nicht vom Gericht, sondern z. B. von der Polizei erfolgte Straffestsetzung (§§ 453 ff., 458 ff. St.P.O.) auf gerichtliche Entscheidung angetragen, so muss man mit Löwe 7c zu § 8 St.P.O. wohl den Zeitpunkt der Anbringung des Antrags bei Gericht als massgebend ansehen; er ist es, der die Sache bei Gericht anhängig macht und steht in dieser Wirkung der Klageerhebung gleich. Vgl. darüber unten. A. M. Glaser II, 158, John I, 230, Stenglein 2 zu § 8 St.P.O.

[8]) Vgl. über sie § 18 Abs. 2 G.V.G.

[9]) Man denke an Zoll- und Eisenbahnbeamte in ausländischen Grenzorten; vgl. Löwe 3 zu § 11 St.P.O. Auf die Familienmitglieder der in § 11 Genannten finden die Bestimmungen nicht Anwendung.

[10]) Für Civilsachen gilt das gleiche nach § 16 C.P.O.



soll die Hauptstadt[11]) ihres Heimatsstaates[12]) als Wohnsitz gelten[13]). Der Gerichtsstand des § 11 ist gegeben für die im Inlande und im Auslande begangenen Delikte. Im ersten Falle besteht neben dem Gerichtsstande aus § 11 der aus § 7 oder § 10 St.P.O. Der § 11 findet auf Berufskonsuln, nicht aber auf Wahlkonsuln Anwendung.

## § 28.

## Der Gerichtsstand der Ergreifung.

I. a) Der Gerichtsstand der Ergreifung, „forum deprehensionis", ist nach § 9 St.P.O. Aushülfegerichtsstand sowohl für im Inlande[1]) als für im Auslande[2]) begangene Delikte bei dem Gericht, in dessen Bezirke die Ergreifung erfolgt.

b) Er entsteht nur beim Fehlen der bisher genannten[3]) Gerichtsstände[4]). Ob dies der Fall ist, hat das Gericht von Amts wegen zu prüfen und zu berücksichtigen, solange es seine örtliche Zuständigkeit zu prüfen in der Lage ist[5]).

II. Ergreifung[6]) ist die durch einen dazu Berufenen[7])

---

[11]) Berlin ist in mehrere Gerichtsbezirke geteilt.

[12]) Welcher das ist, ist nach Staatsrecht zu bestimmen und kann im Einzelfall sehr zweifelhaft sein.

[13]) Über die Beamten, die einen Heimatsstaat im Reich nicht haben, schweigt die St.P.O. Für sie kommt § 21 des Reichsbeamtengesetzes in Frage; so Geyer 371, Ullmann 191. A. M. Löwe 4 zu § 11, weil der in jenem Gesetz gebrauchte Ausdruck „ordentlicher persönlicher Gerichtsstand" kein strafprozessualer sei. Der Einwand würde passen, wäre das Reichsbeamtengesetz von 1873 nach der St.P.O. entstanden. Es hat übrigens nirgends ausdrücklich ausgesprochen, dass sich jener Ausdruck nur auf den civilprozessualen Gerichtsstand beziehen solle. Vgl. auch oben § 25 Anm. 10.

[1]) Vgl. § 9 Abs. 2 St.P.O. und dazu Löwe 8 zu § 9 St.P.O.

[2]) Ausland ist jedes Gebiet, das nicht dem Sprengel eines ordentlichen deutschen Gerichts zugehört. Der § 8 St.G.B. ist hier nicht in jeder Beziehung anwendbar. Vgl. aber R. I, 322. Vgl. z. B. §§ 4 ff., 37, 298 u. s. w. St.G.B., ausführlich Löwe 2 zu § 9 St.P.O.

[3]) Nicht etwa beim Fehlen eines jeden anderen Gerichtsstandes. Man nehme z. B. folgenden Fall: Der Ausländer A hat im Auslande den Berliner B zu einem von diesem in London begangenen Mord angestiftet. Für B ist der Gerichtsstand in Berlin begründet. Ebenso aber nach §§ 13 und 3 St.P.O. für A der Gerichtsstand des Zusammenhanges (vgl. darüber unten § 29 ff.). Wenn A in Köln ergriffen wird, ist nach dem Wortlaute des § 9, der nur auf § 8, nicht auch auf § 13 St.P.O. verweist, der Gerichtsstand für den A in Köln begründet. Es kann, da § 13 auf die §§ 7 bis 11, also auch auf § 9 St.P.O. verweist, sowohl gegen den A als den B in Köln geklagt werden. Dem Gerichtsstand des Zusammenhanges steht der der Ergreifung nicht aushilfsweise gegenüber.

[4]) Auch des Wohnsitzes nach § 11 St.P.O., obwohl § 9 nur vom § 8 St.P.O. spricht. A. M. scheinbar Löwe 3 zu § 9 St.P.O.

[5]) Vgl. über §§ 16 und 18 St.P.O. unten, sowie John I, 199, v. Kries 173 auch M. VIII, 468.

[6]) Löwe 4a zu § 9 St.P.O., John I, 234, Glaser II, 160.

[7]) Regelmässig ist das ein Beamter; vgl. aber auch § 127 St.P.O. und über ihn unten im 2. Kap. des II. Buches.



zu dem Zwecke vorgenommene Freiheitsentziehung, um den Festgenommenen zur Strafverfolgung zu bringen. Blosse Vorladung eines Verdächtigen ist nicht Ergreifung, ebensowenig genügt ein Auftrag, der nicht ausgeführt ist [8]).

a) Die erste Ergreifung begründet den Gerichtsstand. Die Wiederergreifung eines Flüchtigen hebt das bereits begründete „forum deprehensionis" nicht wieder auf [9]), ebensowenig thut das eine vorläufige Freilassung des Ergriffenen gemäss § 117 St.P.O. Aufgehoben wird dagegen der Gerichtsstand naturgemäss z. B. durch Beendigung des gegen den Ergriffenen eingeleiteten Verfahrens.

b) Die Ergreifung begründet den Gerichtsstand nicht nur für das Delikt, wegen dessen sie erfolgte, sondern auch für andere Thaten des Ergriffenen [10]).

III. Ist auch ein Gerichtsstand der Ergreifung nicht begründet, so bestimmt nach § 9 St.P.O. das Reichsgericht das zuständige Gericht [11]). Der so geschaffene Gerichtsstand steht dem der Ergreifung in allen Stücken gleich.

a) Eine spätere Ergreifung des Verdächtigen hebt ihn also nicht wieder auf [12]), ebensowenig geschieht das, wenn nachträglich der Gerichtsstand des That- oder Wohnorts ermittelt wird [13]).

b) Wie der erforderliche Beschluss des Reichsgerichts herbeizuführen ist, sagt das Gesetz nicht. Da die Einleitung des Strafverfahrens grundsätzlich dem Ankläger obliegt, muss man es dem Staatsanwalt bezw. dem Privatkläger, dem an der Verfolgung liegt, überlassen, das Reichsgericht anzugehen [14]).

## § 29.

## Der Zusammenhang und seine Einwirkung auf den Prozessgang.

I. Es dient zur Vereinfachung des Verfahrens, wenn man den Gerichten gestattet, mehrere miteinander im Zusammenhang stehende Sachen in einem Verfahren gleichzeitig zu verhandeln und zu ent-

[8]) John I, 243 will der Ergreifung gleichstellen, wenn sich der Verdächtige dem Gericht freiwillig stellt. Das ist bedenklich. Stellung ist nicht Ergreifung, wird allerdings die Ergreifung regelmässig zur Folge haben.

[9]) Ebensowenig begründet sie ein zweites Forum; vgl. Löwe 4c zu § 9 St.P.O., v. Kries 170, a. M. Stenglein 3 zu § 9 St.P.O.

[10]) Löwe 4b zu § 9 St.P.O. Voraussetzung ist, dass für die anderen Thaten weder Gerichtsstand des Wohnorts noch des Thatorts vorhanden ist; John I, 235. Vgl. auch Glaser II, 160.

[11]) In Frage kommen die Fälle, in denen nach §§ 318 und 327 ff. St.P.O. bei Abwesenheit des Beschuldigten verhandelt werden kann. Im Verfahren nach §§ 470 ff. St.P.O. wird es kaum je an einem Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt fehlen.

[12]) Vgl. Löwe 5b zu § 9 St.P.O., a. M. John I, 235.

[13]) A. M. John I zu § 9, Ullmann 192; vgl. aber Löwe 11, Stenglein 3 zu § 9 St.P.O.

[14]) Vgl. dazu Löwe 5a zu § 9 St.P.O. Im einzelnen ist manches bestritten; John I, 236, Geyer 387, Stenglein 7 zu § 9 St.P.O.



scheiden[1]). Die St.P.O. hat die Sätze, die sich mit der gemeinschaftlichen Verhandlung zusammenhängender Sachen beschäftigen, unzweckmässiger Weise auseinandergerissen[2]). Es sind eine Reihe von Fragen zu entscheiden:

a) Was versteht man unter Zusammenhang?

b) Inwiefern wirkt der Zusammenhang auf die sachliche Zuständigkeit und den Gerichtsstand ein?

II. Zusammenhang liegt nach § 3 St.P.O. vor[3]), wenn eine Person mehrerer strafbarer Handlungen beschuldigt wird, sog. subjektive Konnexität, oder wenn mehrere Personen bei einer strafbaren Handlung als Thäter, Teilnehmer, Begünstiger oder Hehler beschuldigt werden, sog. objektive Konnexität[4]).

III. Eine Einwirkung auf die sachliche Zuständigkeit und den Gerichtsstand kommt nur dem Zusammenhang nach § 3 St.P.O. zu. Bei dem weiteren Zusammenhang des § 236 St.P.O. ist das nicht der Fall; der § 236 St.P.O. setzt voraus, dass das mit den Sachen befasste Gericht die sachliche Zuständigkeit für sie besitzt und dass für alle die „zusammenhängenden" Sachen der Gerichtsstand eben bei diesem Gericht besteht[5]).

---

[1]) Vgl. auch Stenglein 4 zu § 3 St.P.O.

[2]) Vgl. John I, 143. Sie finden sich in §§ 2 ff., 13 sowie in § 236 St.P.O.

[3]) Auch § 236 St.P.O. spricht von Zusammenhang; er verwendet anders als § 3 das Wort nicht als technisch-juristischen Begriff, sondern im weiteren Sinne des täglichen Lebens. Was im § 236 als Zusammenhang anzusehen ist, lässt sich nur im Einzelfalle entscheiden; Stenglein 3 zu § 3 St.P.O., John I, 141.

[4]) Im ersten Falle liegt Verbrechenskonkurrenz bei einem Beschuldigten, im zweiten Verbrecherkonkurrenz bei einem Verbrechen vor; vgl. Binding G. § 33, Löwe 1 zu § 3 St.P.O. Der § 3 St.P.O. erschöpft die Fälle des Zusammenhangs. Es steht also z. B. das Vergehen gegen § 210 St.G.B. nicht mit dem Zweikampf, auf den es sich bezieht, im Zusammenhang, ebensowenig ist das in den Fällen des § 139 St.G.B. der Fall. Teilnahmefälle liegen dagegen vor z. B. in den §§ 243 z. 6, 250 z. 2 St.G.B. Auch § 83 St.G.B. gehört hierher, ebenso § 203 St.G.B., wenngleich es sich nicht um „Teilnahme" im Sinne des § 47 St.G.B. handelt. Auch dann ist, vorausgesetzt dass es sich um eine und dieselbe That handelt, § 3 anwendbar, wenn mehrere Thäter vorhanden sind, ohne dass sie bewusst zur That zusammengewirkt haben; E. XXV, 16 ff. Vgl. auch John I, 150. Auch die Fälle des mittelbaren Zusammenhanges fallen unter § 3 St.P.O. Beispiel: A hat gestohlen, B hat ihn zur That angestiftet, ausserdem hat B noch allein einen Raub begangen. Alle drei Fälle stehen im Zusammenhang. Vgl. auch Löwe 3, Stenglein 2 zu § 3 St.P.O.; John I, 160; Glaser II, 182.

[5]) Der § 236 St.P.O. steht in dem Abschnitt über die Hauptverhandlung. Er geht davon aus, dass die einzelnen Sachen alle vor einem Gerichte anhängig sind. Sie sollen in einer, sie alle umfassenden Hauptverhandlung erledigt werden können. Übrigens kann der Ankläger mehrere solcher Sachen in einer Klage zusammengefasst anhängig machen. Dass sich die mehreren Sachen in der gleichen Prozesslage befinden, wird von der St.P.O. nicht verlangt. In E. XX, 161 ff. ist es ge-

IV. Eine Einwirkung auf die Begründung des Gerichtsstands kommt ebenfalls nur dem Zusammenhange des § 3 St.P.O. zu; der § 13 St.P.O. behandelt das sog. „forum connexitatis". Er hat den Fall im Auge, dass es sich um zusammenhängende Sachen handelt, die zwar zur sachlichen Zuständigkeit der mehreren in Frage kommenden Gerichte gehören, für die aber der Gerichtsstand nicht bei einem Gerichte begründet ist[6]). Für sie schafft § 13 einen Gerichtsstand des Zusammenhanges.

a) Er besteht bei jedem Gericht, bei dem ein Gerichtsstand nach §§ 7 bis 11 St.P.O. für eine der Sachen begründet ist[7]). Es kann demnach wegen sämtlicher zusammenhängender Sachen vor jedem der mehreren Gerichte angeklagt werden[8]).

b) Wird das Vorliegen des Zusammenhangs erst erkannt, nachdem die Sachen einzeln bei verschiedenen Gerichten anhängig[9]) gemacht sind, so kommt es nach § 13 Abs. 2 St.P.O. darauf an, ob die Staatsanwaltschaften der beteiligten Gerichte[10]) sich über eine Verbindung der Sachen bei einem Gerichte einigen und eine solche bei den mit den Sachen befassten Gerichten beantragen[11]). Vereinigen sich auf den Antrag hin die mehreren Gerichte, so ist damit die Verbindung der Sachen ermöglicht. Vereinigen sie sich nicht, so liegt es in der Hand eines jeden der mehreren Ankläger[12]) und jetzt auch des An-

---

billigt, dass eine in erster Instanz zu verhandelnde Sache mit einer in der Berufungsinstanz befindlichen gemeinsam verhandelt wurde. Empfehlenswert wird solche Verbindung regelmässig nicht sein. Vgl. darüber Löwe 34. 35 vor § 151 St.P.O. Eine Lösung der Verbindung ist möglich. Massgebend sind lediglich Zweckmässigkeitsgründe. Ähnlichkeit der Fälle, nicht Zusammenhang rechtfertigt die Verbindung nach § 471 St.P.O.

[6]) Das ergiebt sich aus der Vergleichung des § 13 St.P.O. mit §§ 2 und 4 St.P.O. Letztere haben Gerichte verschiedener sachlicher Zuständigkeit im Auge. Vgl. Löwe 2a zu § 13 St.P.O. und John I, 256.; a. M. Stenglein 1 zu § 13 St.P.O.

[7]) Ist für den A der Gerichtsstand des Thatorts bei X, der des Wohnorts bei Y gegeben, für den Anstifter B der Gerichtsstand der Ergreifung nach § 9 bei Z begründet, so ist bei jedem der drei Gerichte für die Sachen gegen A und B der Gerichtsstand des § 13 vorhanden; hier kommt die Aushülfenatur des „forum deprehensionis" nicht zum Ausdruck. Es bestehen mehrere Gerichtsstände nebeneinander, was bezüglich des § 12 St.P.O. von Wichtigkeit ist. Vgl. Löwe 5 zu § 13 St.P.O., v. Kries 171, 173.

[8]) Stenglein 2 zu § 13 St.P.O. Das Gericht hat zu prüfen, ob Zusammenhang vorliegt. Da es sich hier um die örtliche Zuständigkeit handelt, sind die §§ 16, 18 St.P.O. zu beachten; über sie unten § 32. Vgl. auch Löwe 3a zu § 13 St.P.O., a. M. John I, 199.

[9]) Über den Zeitpunkt, in dem die Anhängigkeit eintritt, vgl. unten.

[10]) Vgl. John I, 259, Löwe 10a zu § 13. Handelt es sich um mehrere Privatklagen, so haben die Privatkläger den Antrag zu stellen.

[11]) Vereinbarung der Angeschuldigten oder, ohne dass ein Antrag der Staatsanwaltschaften vorliegt, der Gerichte genügt nicht. Der Antrag ist notwendige Voraussetzung für die Verbindung.

[12]) Vgl. John I, 260.



geschuldigten[13]), die Entscheidung des den befassten Gerichten gemeinsamen oberen Gerichts[14]) darüber herbeizuführen, ob und bei welchem der Gerichte die Verbindung eintreten soll[15]).

c) Die Verbindung ist nicht notwendig und, wenn erfolgt, keine unlösbare. Für ihren Eintritt wie für ihre Lösung sind Zweckmässigkeitsgründe massgebend. Die Trennung erfolgt nach § 13 Abs. 2 in „gleicher Weise", wie die Verbindung[16]).

III. Auch in dem von § 428 St.P.O. behandelten Falle handelt es sich um gleichzeitige Verhandlung mehrerer Sachen in einem besonders geschaffenen, sonst nicht gegebenen Gerichtsstand. Ein Zusammenhang, wenn auch nicht der des § 3, ist ebenfalls vorhanden. Der § 428 schafft einen Gerichtsstand der Widerklage, ein „forum reconventionis"[17]) für die Privatklage des Privatbeklagten gegen den Privatkläger bei dem Gericht der Privatklage[18]).

## § 30.

## Die Einwirkung des Zusammenhanges auf die sachliche Zuständigkeit.

I. Die §§ 2 und 4 St.P.O. behandeln die Fälle, in denen zusammenhängende Sachen zur sachlichen Zuständigkeit verschiedener Gerichtsklassen gehören[1]). Zwei Möglichkeiten sind zu beachten:

---

[13]) Vgl. dazu § 155 St.P.O. Es genügt der Antrag eines Angeschuldigten. Auch die in § 422 Genannten sind zur Antragstellung befugt.

[14]) Eventuell also das Reichsgericht; Löwe 4 zum 2. Abschnitt der St.P.O., M. VIII, 469. Die Gerichte selbst können bei ihrem oberen Gericht keinen Antrag stellen, ebensowenig kann das obere Gericht von Amts wegen eingreifen.

[15]) Die Verbindung kann solange erfolgen, als mehrere Sachen anhängig sind, auch in der höheren Instanz ist sie zulässig. Nicht aber bei einem Gericht, wo eine inzwischen erledigte Sache anhängig war; so auch John I, 200. Löwe 3a zu § 13 St.P.O. Der Beschluss aus § 203 St.P.O. beendet die Anhängigkeit nicht; vgl. unten und auch M. IX, 79. Ist gemäss § 394 Abs. 2 St.P.O. eine Sache an ein anderes Gericht verwiesen, so ist auch bei ihm Verbindung möglich; E. XIV, 396. Vgl. noch E. XIII, 365.

[16]) Im einzelnen herrscht Streit; Vgl. z. B. Löwe 14 und Stenglein 7 zu § 13 St.P.O. Der Abs. 3 bezieht sich lediglich auf die Fälle des § 13 Abs. 2; Löwe 12 zu § 13 St.P.O. Sind die Sachen ordnungsmässig verbunden, so bleibt der begründete Gerichtsstand auch dann bestehen, wenn, etwa durch Einstellung des Verfahrens in einer der verbundenen Sachen, eine gemeinschaftliche Verhandlung unmöglich wird, vorausgesetzt, dass die Sachen überhaupt anhängig bleiben; vgl. dazu M. VIII, 81 und noch E. XXV, 476. Einstellung eines Verfahrens nach § 202 St.P.O. hebt die Anhängigkeit und damit den durch Zusammenhang begründeten Gerichtsstand für die Sache auf.

[17]) Über den Gerichtsstand der Widerklage im Civilprozess vgl. Wach I, 474 und C.P.O. § 33. Über die „wechselseitigen Beleidigungen" unten bei der Privatklage.

[18]) Über die Einwirkung des § 428 St.P.O. auf die sachliche Zuständigkeit vgl. den folgenden §.

[1]) Vgl. aber die Entscheidung bei G. 43, 401.



a) Die Gerichte, die für die leichteren Sachen zuständig sind, liegen in dem Bezirke des für die schwerste Sache zuständigen Gerichts; es ist z. B. für die Sache A das Landgericht X, für die Sache B das Schöffengericht X zuständig.

b) Die für die leichteren Sachen zuständigeren Gerichte liegen nicht im Bezirke des Gerichts mit höherer Zuständigkeit; in Frage kommen z. B. ein preussisches Schwurgericht und eine hessische Strafkammer.

II. Zu beantworten sind folgende Fragen:

a) Wie können solche zusammenhängenden Sachen zusammen anhängig gemacht werden?

b) Wie ist eine nachträgliche Verbindung möglich, wenn die Sachen bei verschiedenen Gerichten anhängig gemacht sind?

c) Die erste Frage behandelt § 2 St.P.O. Die Staatsanwaltschaft des für die schwerste Sache zuständigen Gerichts kann Anklage wegen aller Sachen erheben, auch wenn die andern in Frage kommenden Gerichte seinem Bezirke nicht angehören [2]). Die Verbindung kann erfolgen und ist, wenn geschehen, keine unlösliche [3]).

Den zweiten Fall hat § 4 St.P.O. im Auge. Die Ankläger können, nachdem die Gerichte mit den Sachen befasst sind, über ihre Verbindung nicht mehr verfügen; sie können nur bei Gericht die Verbindung beantragen. Jedoch ist nach § 4 ein Antrag nicht notwendige Voraussetzung; die Verbindung kann durch das Gericht auch von Amts wegen beschlossen werden. Die Verbindung anhängiger Sachen ist jederzeit zulässig bis zur Beendigung des Rechtsstreites [4]);

---

[2]) Vgl. Löwe 6 zu § 2 St.P.O. Stehen Sachen mit einer der in § 136 G.V.G. erwähnten im Zusammenhang, so ist nach herrschender Ansicht Verbindung beim Reichsgericht möglich. A. M. nur John I. 143 ff., der behauptet, dass das Reichsgericht als erste Instanz die „Funktionen eines besonderen Gerichts" wahrnehme und deshalb hier die §§ 2 und 4 St.P.O. nicht Anwendung finden. Über die Vereinbarung der verschiedenen zuständigen Staatsanwaltschaften untereinander vgl. Löwe 7 zu § 2, John I, 153; besonders ausführlich behandeln den § 2 St.P.O. Stenglein und John.

[3]) Massgebend sind allein Zweckmässigkeitsgründe und die Ansicht des Gerichts: es ist an die Ansicht der Staatsanwaltschaft nicht gebunden und kann Trennung gegen deren Willen anordnen. Sind die Sachen bis zur Hauptverhandlung gekommen, so kann das Gericht zwar die Verbindung auflösen und selbst die Sachen einzeln verhandeln, aber es darf sie nicht mehr von sich abweisen; vgl. § 269 St P.O.

[4]) Löwe 3b zu § 4 St.P.O. meint, eine Verbindung sei erst möglich, wenn die Sachen sich „im Stadium des Hauptverfahrens" (vgl. darüber unten) befinden. Eine Verbindung im Stadium der Voruntersuchung hält er für unzulässig. Das ist im Gesetz nicht zum Ausdruck gekommen; vgl. Stenglein 3 zu § 4 St.P.O. Vgl. auch John I, 162 und M. V, 252.

sie kann noch in höherer Instanz geschehen. Das gleiche gilt für die Trennung der Verbindung [5]).

In allen Fällen ist gemäss § 4 Abs. 2 St.P.O. zur Verbindung bereits anhängiger Sachen ein gerichtlicher Beschluss notwendig. Eine Vereinbarung der beteiligten Gerichte, wie sie § 13 St.P.O. kennt, vermag diesen Beschluss nicht zu ersetzen [6]).

III. a) Trotz Vorliegens eines Zusammenhangs ist eine Verbindung unzulässig im Falle des § 424 St.P.O. Das Verfahren vor den Schwurgerichten und das Privatklageverfahren ist miteinander unvereinbar.

b) Auch die Bestimmung des § 428 St.P.O. kann eine Abweichung von den Sätzen über die sachliche Zuständigkeit herbeiführen. Für die Widerklage ist das Gericht, wo die Privatklage in erster Instanz schwebt, zuständig. Kommt nun wegen Zusammenhangs die Privatklage vor das Landgericht oder das Reichsgericht, so wird dies Gericht auch für die Widerklage zuständig.

IV. Das Gesetz hat das Verfahren vor den verschiedenen Gerichten erster Instanz verschieden gestaltet. Das zeigt sich besonders, wenn man das Verfahren vor den Schwurgerichten mit dem vor den anderen Gerichten vergleicht. Es ist unmöglich, dass z. B. das Reichsgericht mit einer Schwurgerichtssache das schwurgerichtliche Verfahren mit übernimmt. Daraus erklärt sich ganz besonders der § 5 St.P.O. Solange ein Gericht eine Sache behandelt [7]), wird sie behandelt nach dem für das Verbindungsgericht massgebenden Verfahren. Dabei ist zu unterscheiden, ob Prozesssätze für bestimmte Sachen gegeben sind, ohne Rücksicht auf das Gericht, vor dem sie verhandelt werden, oder ob sie sich, wie die Regel des § 5 St.P.O., beziehen auf das Verfahren vor einem bestimmten Gericht, ohne Rücksicht auf die zu verhandelnden Sachen [8]). Es ist also z. B. die Verteidigung notwendig, wenn ein Schöffenfall im Wege der Verbindung vor das Schwurgericht kommt [9]). Die Frage, welche Rechtsmittel gegen ein Urteil zulässig sind, entscheidet

---

[5]) Vgl. Stenglein 13, 14 zu § 4 St.P.O.

[6]) So auch Löwe 8 zu § 4 St.P.O.; a. M. Stenglein 2 und 10 zu § 4 St.P.O., John I. 165 f. Vgl. Einzelheiten noch bei Löwe 9 zu § 2 St.P.O.; a. M. Stenglein 6 zu § 4 St.P.O. Durch Beschluss vermag eine Verbindung vor einem für keine der Sachen zuständigen Gericht nicht herbeigeführt werden. Schwebt eine Sache vor dem Landgericht X, die zweite vor dem Schwurgericht Y, so kann Verbindung nur beim Schwurgericht Y, nicht beim Schwurgericht X erfolgen: a. M. Löwe 3c zu § 4 St.P.O.; vgl. Stenglein 8, 9 zu § 4 St.P.O.

[7]) Dass der Ausdruck des Gesetzes ungenau ist, bemerkt Löwe 2 zu § 5.

[8]) Das wird vielfach übersehen.

[9]) Der § 140 St.P.O. spricht von Sachen, „die vor dem Schwurgericht zu verhandeln sind". Das Mitwirken eines Verteidigers ist für das schwurgerichtliche Verfahren eine notwendige prozessuale Voraussetzung. John hat seine 1, 168 begründete abweichende Ansicht später (S. 990) wieder aufgegeben.

sich danach, welches Gericht entschieden hat, ohne Rücksicht darauf, auf welche Sache sich die Entscheidung bezog u. s. w. Dagegen ist z. B. bei der Verbindung einer Schöffensache mit einer schwurgerichtlichen Sache die Voruntersuchung für die erstere nicht notwendig [10]).

## V. Die Bedeutung der Sätze über die Zuständigkeit.

### § 31.

### Die Bedeutung der Sätze über die sachliche Zuständigkeit.

Wenn des Gesetz den einzelnen Gerichtsklassen bestimmte Arten von Strafsachen zuweist, so soll dadurch nicht die Fähigkeit der Gerichtsgruppen beschränkt werden auf die Behandlung lediglich dieser Sachen. Die §§ 73, 74 G.V.G. z. B. wollen weder sagen, dass die Strafkammer nur die dort aufgeführten Strafsachen aburteilen dürfe, noch, dass nur die Strafkammer zur Urteilsthätigkeit in ihnen berufen sein soll. Die Bedeutung der Zuständigkeitsbegrenzung liegt darin, dass

a) dem niederen Gericht unbedingt [1]) die Fähigkeit für die dem höheren Gerichte zugewiesenen Sachen [2]) mangelt, und

b) das für die schwereren Sachen zuständige Gericht höherer Ordnung grundsätzlich auch die Fähigkeit besitzt, die dem Gericht niederer Ordnung zugewiesenen Sachen zu entscheiden [3]).

c) Aus diesen beiden Sätzen folgt die Regel: **Die höhere Zu-**

---

[10]) Der § 176 St.P.O. bestimmt, dass die Voruntersuchung in den „zur Zuständigkeit" der Schwurgerichte gehörigen Sachen notwendig sei, in den zur Zuständigkeit der Schöffengerichte gehörigen dagegen unzulässig „ausser dem Falle der Verbindung" u. s. w. Für die Dauer dieser Verbindung ist die Voruntersuchung für Schöffensachen zulässig. Wird die Verbindung mit einer Schwurgerichtssache erst vorgenommen, nachdem die Voruntersuchung bereits beendet ist, so ist eine Voruntersuchung für die Schöffensache nicht mehr möglich. Und wenn noch vor oder während der Voruntersuchung die Verbindung erfolgt, ist sie für die Schöffensache nie notwendig. A. M. Löwe 1 zu § 5 St.P.O.; vgl. noch John I, 168. Rechtsmittel können allerdings darauf, dass die Voruntersuchung unzulässigerweise dennoch stattgefunden habe, nicht gestützt werden.

[1]) Davon weicht § 28 G.V.G. ab. Er will in gewissen Fällen die Unzuständigkeitserklärung des § 270 St.P.O. vermeiden. Der § 28 G.V.G. bezieht sich auf die in § 27 z. 4 bis 8 erwähnten Fälle. Welches die „anderen Gründe" sind, von denen § 28 G.V.G. spricht, lässt sich nicht allgemein bestimmen. Vgl. Löwe 3 zu § 28 G.V.G. Über den „Wert" oben.

[2]) Eine durch Parteivertrag begründete Zuständigkeit (Prorogation der Zuständigkeit) wie § 38 ff. C.P.O. kennt die St.P.O. nicht.

[3]) In der Kompetenzbegrenzung nach unten hin liegt im wesentlichen eine Regel der Geschäftsverteilung von geringer Bedeutung. Vgl. dazu Wach I, 363.

**ständigkeit umfasst die niedere mit [4]), nicht aber umgekehrt die niedere auch die höhere Zuständigkeit.**

II. Die eine Seite des Satzes will § 5 St.P.O. zum Ausdruck bringen [5]). Er will sagen, dass anders als bei der örtlichen Zuständigkeit [6]) das Gericht die Begrenzung der sachlichen Zuständigkeit nach oben hin solange zu prüfen und seine Unzuständigkeit solange zu berücksichtigen hat, als es mit der Sache beschäftigt ist. Zwei Fälle sind auseinander zu halten:

a) Erkennt das Gericht schon bei Erhebung der Klage, dass die Sache seine Zuständigkeit überschreitet, so lehnt es die Verhandlung der Sache ab [7]). Ist der Fehler erst nach Eröffnung des Hauptverfahrens (§ 201 St.P.O.) erkannt, so kommt es zur Hauptverhandlung [8]). In ihr hat das Gericht durch Beschluss nach § 270 St.P.O. seine Unzuständigkeit auszusprechen, sich also der Urteilsfällung zu enthalten [9]). Das Nichtüberschreiten der sachlichen Zuständigkeit ist notwendige prozessuale Voraussetzung.

b) Anders liegt der Fall nach ausdrücklicher Anordnung der St.P.O., wenn das Gericht erkennt, dass die Sache vor ein Gericht niederer Ordnung gehört. Das höhere Gericht kann regelmässig [10]) die Anklage, die eine That betrifft, die vor ein Gericht niederer Ordnung gehört, nur solange ablehnen, als nicht das Verfahren bis zur

---

[4]) Der Satz des § 424 Abs. 2 St.P.O. macht davon keine Ausnahme. Der Paragraph will nicht sagen, das Schwurgericht sei unfähig, leichte Körperverletzungen und Beleidigungen abzuurteilen, um die es sich im Privatklageverfahren handelt. Er erklärt nur, dass das Privatklageverfahren sich nicht mit dem Schwurgerichtsprozess vereinigen lasse. Wird z. B. nach §§ 416, 417 Abs. 2 St.P.O. wegen der Beleidigung öffentliche Klage von der Staatsanwaltschaft erhoben, so ist eine Verhandlung dieser Sache vor dem Schwurgericht möglich. Keine Ausnahme von der Regel macht § 6 E.G. z. G.V.G. Er schafft für die Pressdelikte z. B. in Bayern die sachliche Zuständigkeit der Schwurgerichte. Stehen mit ihnen z. B. landgerichtliche Sachen im Zusammenhang, so können die Sachen nur vor dem Schwurgericht verbunden werden. Der § 6 sagt aber nicht, dass alle Pressdelikte nur vor dem Schwurgerichte verhandelt werden dürfen, sondern sie sollen nicht vor einem niederen Gericht abgeurteilt werden. Erfüllt ein Pressdelikt den Thatbestand des § 136 G.V.G., so gehört es vor das Reichsgericht; steht ein Pressdelikt mit einer Reichsgerichtssache im Zusammenhang, so kann es mit vor dem Reichsgericht verhandelt werden. Vgl. noch Löwe 4, Stenglein ** zu § 6 E.G. z. G.V.G., John I, 152, Ullmann 129.

[5]) Vgl. die scharfe Kritik des § 6 St.P.O. bei John I, 169.

[6]) Vgl. den folgenden §.

[7]) Vgl. dazu §§ 178, 202 St.P.O.; über sie unten.

[8]) Zwischen der Eröffnung des Hauptverfahrens und der Hauptverhandlung ist eine Prüfung der Zuständigkeit unmöglich.

[9]) Über diesen Einstellungsbeschluss später; vgl. auch § 388 St.P.O. und über ihn bei den Rechtsmitteln.

[10]) Nicht z. B. in den Fällen des Zusammenhangs nach § 3 St.P.O.

Hauptverhandlung gekommen ist. Wenn jetzt erst der Irrtum erkannt wird, muss, und darin liegt die Anerkennung des Satzes von der die niedere Zuständigkeit mitumfassenden höheren, das höhere Gericht nach § 269 St.P.O. in der Sache urteilen [11]).

c) Auch in der Berufungsinstanz [12]) ist zu prüfen, ob das Gericht I. Instanz seine sachliche Zuständigkeit nicht überschritt.

III. Hat ein Gericht seine sachliche Zuständigkeit überschritten, so kann das Urteil mit den zulässigen Rechtsmitteln angefochten werden [13]). Nicht die Innehaltung, sondern nur das Nichtüberschreiten der Zuständigkeit ist notwendige prozessuale Voraussetzung [14]). Ist eine Anfechtung des unter Überschreitung der sachlichen Zuständigkeit erlassenen Urteils unterblieben, so wird das Urteil rechtskräftig und vollstreckbar; keineswegs ist es nichtig.

## § 32.

### Die Bedeutung der Sätze über den Gerichtsstand.

I. Die §§ 7 ff. St.P.O. sind nicht etwa dahin aufzufassen, als habe nur das nach ihnen örtlich zuständige Gericht die Fähigkeit zur Aburteilung der Sache, als sei das Urteil eines örtlich unzuständigen Gerichts von vorn herein anfechtbar. Dem stände der Gedanke entgegen, dass ein jedes Gericht derselben Ordnung die gleiche Gewähr für zuverlässige Entscheidung der zu seiner sachlichen Zuständigkeit gehörenden Fälle bietet.

Dass man trotzdem Sätze über die örtliche Zuständigkeit gab, geschah aus einer Reihe von Gründen. Nicht der einzige war, dass man eine angemessene Verteilung der Geschäfte unter die einzelnen Gerichte gleicher Ordnung erzielen musste.

a) Man musste das Gericht bestimmen, das zur Aburteilung nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet sein soll. Die §§ 7 ff. St.P.O. sagen, dass das Gericht, das sie bezeichnen, die Sache behandeln **muss**.

---

[11]) Hätte das Gesetz das nicht bestimmt, so wäre, wenn etwa der Fehler am Ende der Hauptverhandlung erkannt wäre, Wiederholung der Sache bei dem unteren Gericht erforderlich; diese unnütze Arbeitsvergeudung wollte man vermeiden.

[12]) Nicht auch in der Revisionsinstanz; vgl. v. Kries 160.

[13]) Vgl. § 377 z. 4 und § 395 St.P.O.

[14]) Für die höheren Instanzen sind diese Sätze nicht von Bedeutung. Die Zuständigkeit der höheren Instanzen wird durch das Gericht erster Instanz bestimmt; über § 388 St.P.O. unten.

b) Es war dafür zu sorgen, dass aus der Zahl der sachlich zuständigen Gerichte das örtlich zuständig werde, das in naher örtlicher Beziehung zur That oder zum Thäter steht [1]).

c) Auch auf den Beschuldigten musste man Rücksicht nehmen. Ihm muss daran liegen [2]), dass er nicht vor ein beliebiges Gericht nach Wahl des Anklägers gestellt werde. Darum hat man ihm Mittel gegeben, durch die er die Befolgung der §§ 7 ff. St.P.O. erzwingen kann. Er kann die örtliche Unzuständigkeit des Gerichts bis zu einem bestimmten Zeitpunkt durch Einwand rügen.

II. Aus diesen Erwägungen ergeben sich wichtige Verschiedenheiten in der Behandlung der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit. Seine sachliche Unzuständigkeit sollte das Gericht stets berücksichtigen, ein Nichtüberschreiten war unverzichtbare prozessuale Voraussetzung, Parteirüge nicht erforderlich. Auch seine örtliche Zuständigkeit soll das Gericht von Amts wegen oder auf Antrag hin prüfen, aber ihr Fehlen soll nicht, wenn es erst in einem späteren Prozessabschnitte entdeckt wird, das ganze bisherige Verfahren vernichten, es soll nicht, wie das Fehlen der sachlichen Zuständigkeit, Rechtsmittel gegen das Urteil des unzuständigen Gerichts begründen. Hat das Gericht den Fehler nicht beachtet, der Rügeberechtigte nicht rechtzeitig Einwand erhoben [3]), so nimmt das Verfahren seinen Fortgang. Die örtliche Zuständigkeit ist keine notwendige prozessuale Voraussetzung.

III. Das Gesetz will seinem Grundgedanken gemäss

a) dass, wenn überhaupt, das Fehlen der örtlichen Zuständigkeit möglichst früh im Verfahren berücksichtigt wird,

b) dass über die Frage, ob die örtliche Zuständigkeit vorhanden ist, möglichst nur einmal entschieden werden soll [4]).

IV. Das Gesetz bestimmt, wie lange das Gericht von Amts wegen seine örtliche Unzuständigkeit zu berücksichtigen hat und wie lange es dies auf Einwand hin thun darf.

a) Das Gericht soll nach § 18 St.P.O. bis zur Eröffnung

---

[1]) Vgl. dazu auch John I, 197 f.

[2]) Vgl. John I, 196 ff.

[3]) Ob er nicht rügen wollte oder ob er den Fehler nicht bemerkte, ist gleichgültig.

[4]) Die Frage, ob eine Sache vor die ordentlichen Gerichte gehört, ist nicht eine Frage nach der Zuständigkeit. Ihre Prüfung und Berücksichtigung ist in jedem Zeitpunkt des Verfahrens zulässig; die §§ 16 ff. St.P.O. finden nicht Anwendung. Vgl. auch Löwe 2b zu §§ 16 bis 18 St.P.O. Vgl. zu § 16 ff. auch v. Kries 175 ff.

des Hauptverfahrens[5]) verpflichtet[6]) sein, bei Erkenntnis der Unzuständigkeit das Verfahren einzustellen. Davon weicht § 17 St.P.O. ab. Das Recht des Gerichts aus § 18 ist nicht mehr vorhanden, wenn bereits in der Voruntersuchung eine ausdrückliche[7]), nicht mehr anfechtbare, die Zuständigkeit als vorhanden annehmende Entscheidung ergangen ist. Eine wiederholte Behandlung der Zuständigkeitsfrage soll vermieden werden. Wo eine Voruntersuchung nicht stattfindet[8]), oder wo in der Voruntersuchung die Frage nicht ausdrücklich entschieden wird, gilt § 18 ausnahmslos.

b) Daneben besteht bis zur Eröffnung des Hauptverfahrens das Recht des Beschuldigten, die Prüfung der örtlichen Zuständigkeit durch seinen Einwand herbeizuführen, nach diesem Zeitpunkt besteht allein[9]) das Einwandsrecht des Beschuldigten, aber zeitlich beschränkt durch § 16 St.P.O.[10]). Versäumung[11]) dieses

---

[5]) Vgl. darüber §§ 201, 205 St.P.O. und näheres noch unten. Vgl. auch Löwe 2c zu § 18 St.P.O.

[6]) Die Verpflichtung bestreitet John I, 199, v. Kries Z. V, 8. A. M. Löwe 3b zu §§ 16 bis 18 St.P.O., Glaser II, 166; vgl. auch R VII, 520.

[7]) Eine stillschweigende Entscheidung, wie sie schon in der Eröffnung der Voruntersuchung liegt, genügt nicht. Eine ausdrückliche Entscheidung kann nur ergehen, wenn die Unzuständigkeit von einem der Prozessbeteiligten behauptet wurde.

[8]) Vgl. § 176 St.P.O. Löwe 3a zu § 7 St.P.O., John I, 276, Glaser II, 168 wollen trotz ausdrücklicher Entscheidung in der Voruntersuchung den § 18 anwenden, wenn „neue Thatsachen ermittelt werden", die die Unzuständigkeit ergeben. Das ist nicht im Gesetz zum Ausdruck gekommen. Ebensowenig wie neue Thatsachen nach Eröffnung des Hauptverfahrens eine neue Prüfung der Zuständigkeit herbeiführen, können sie es im Falle des § 17. Vgl. auch Stenglein zu § 17 St.P.O.

[9]) „Nur auf Einwand" des Beschuldigten, sagt § 18 St.P.O. Vgl. E. III, 136, R. II, 538. In E. XXIII, 155 hatten von drei Angeklagten zwei den Einwand erhoben. Das Landgericht hatte sich darauf bezüglich aller drei Angeklagten für unzuständig erklärt. Das Reichsgericht billigt das, das Gericht sei berechtigt gewesen, auf Einwand auch nur eines die Zuständigkeit „in vollem Umfang" zu prüfen. Daraus folgt aber nicht, dass durch Verwerfung des von einem Angeschuldigten erhobenen Einwands, das Recht der anderen auf Einwand vernichtet wird.

[10]) Die Sätze der St.P.O. in §§ 16, 18, 178 bis 181, 199 sind sehr wenig klare. Die §§ 16 bis 18 lassen sich mit den übrigen §§ nicht überall vereinen. Man hat davon auszugehen, dass die §§ 16 bis 18 als „leges speciales" den anderen Sätzen vorgehen; vgl. John I, 270, Glaser II, 166, Löwe 3 zu § 16 St.P.O. eingehend über das Verhältnis der §§ 179 und 199 St.P.O. zu § 16, dazu Stenglein 1 zu § 16 St.P.O.; abweichend v. Kries 176. Ein verspäteter Einwand wird ohne Eingehen auf die Gründe verworfen; M. VI, 140.

[11]) Sie allein bewirkt den Verlust des Einwands; Löwe 2, Stenglein 1b John I, 269 ff. Der Einwand geht nicht etwa schon dadurch verloren, dass das Gericht bereits einmal ausdrücklich, z. B. auf Anregung des Staatsanwalts, seine Zuständigkeit feststellte. Voraussetzung für den Verlust ist, dass die Eröffnung der Voruntersuchung dem Angeschuldigten nach § 190 St.P.O. bekannt gemacht ist. Über den „Schluss der Voruntersuchung" § 195 St.P.O. und unten. Eine „Ergänzung" der

Zeitpunktes bewirkt seinen Verlust, mag auch die Säumnis entschuldbar sein oder der Umstand, der die Unzuständigkeit begründet, erst später bekannt werden [12]).

Das Einwandsrecht geht weiter verloren durch einmaligen Gebrauch. Ist auf den Einwand eines Beschuldigten die örtliche Zuständigkeit als vorliegend entschieden, so kann derselbe Beschuldigte [13]) vor diesem Gericht nicht nochmals denselben Einwand erheben. Der Einwand wird dadurch konsumiert, dass der Angeschuldigte [15]) ihn geltend macht.

c) Der Ankläger [16]) hat den „Einwand" nicht. Er ist aber nicht gehindert, auf eine Entscheidung über die Zuständigkeit hinzuwirken, indem er beantragt, das Gericht möge seine Zuständigkeit prüfen. Das Gericht kann aber diesem Antrag nur nachkommen, so lange es von Amts wegen seine Unzuständigkeit berücksichtigen darf.

d) Die Entscheidung des Gerichts über den Einwand erfolgt durch Beschluss [17]). Gegen die Verwerfung des Einwandes giebt § 180 und § 199 St.P.O. die sofortige Beschwerde, ist die Verwerfung im Hauptverfahren erfolgt, so kommt § 347 in Frage, in allen übrigen Fällen ist die einfache Beschwerde des § 346 St.P.O. gegeben. Gegen den die Unzuständigkeit aussprechenden Beschluss greift im Falle der §§ 180, 181 und 209 die sofortige, sonst die einfache Beschwerde Platz.

V. Dass die Prüfung der örtlichen Zuständigkeit regelmässig nur einmal erfolgen soll, bestimmt § 17 St.P.O. Der § setzt eine

---

Voruntersuchung lässt den Einwand nicht wieder aufleben; a. M. Löwe 5 zu § 16 St.P.O.; sie ist keine Wiedereröffnung; vgl. noch unten. Erfolgt der Einwand zwischen Eröffnungsbeschluss und Hauptverhandlung, so ist in der Hauptverhandlung über ihn zu entscheiden; E. XVII, 412.

[12]) Ebenso, wenn die Verhandlung ohne den Angeklagten stattfindet. Das Gericht hat unter Umständen noch ein Prüfungsrecht, wenn es dem Beschuldigten schon versagt ist; R. VII, 520.

[13]) Vgl. Löwe 11; a. M. Stenglein 1c und 2 zu § 16 St.P.O. Durch die Erhebung des Einwands seitens eines Beschuldigten wird das Recht der übrigen Mitbeschuldigten nicht zerstört. Vgl. Glaser II, 168. Hat bei Verbindung der Sachen mehrerer Beschuldigten auch nur einer den Einwand erhoben, so hat das Gericht die Zuständigkeitsfrage in vollem Umfange, d. h. auch bezüglich der übrigen Beschuldigten zu prüfen; E. XXIII, 156.

[14]) Vgl. aber v. Kries 177, Löwe 12 zu § 16 St.P.O.

[15]) Ist auf Antrag der Staatsanwaltschaft ein Beschluss über die örtliche Zuständigkeit ergangen, so nimmt das dem Beschuldigten das Einwandsrecht nicht.

[16]) Auch der Privatkläger; vgl. über ihn unten und Löwe 3c zu § 16 bis 18 St.P.O.

[17]) Vgl. schon Anm. 7 und Löwe 2 zu § 17 St.P.O., v. Kries 176.

ausdrücklich[18]) die örtliche Zuständigkeit feststellende Entscheidung voraus, mag sie auf Einwand des Beschuldigten gemäss § 16 St.P.O., oder auf Antrag der Staatsanwaltschaft, mag sie durch das Beschwerdegericht oder das „gemeinschaftliche obere Gericht“ nach § 14 St.P.O. erfolgen[19]).

VI. a) Hat das Gericht seine Unzuständigkeit nicht oder zu spät bemerkt, so bleibt es mit der Sache befasst. Durch Ablauf des für die Prüfung gesetzten Zeitpunktes wird der Prozessfehler geheilt[20]).

b) Mit der Erklärung des Gerichts, es sei örtlich unzuständig, schliesst das Verfahren vor ihm ab. Es ist Sache des Anklägers[21]), vor einem anderen, dem örtlich zuständigen Gericht von neuem Klage zu erheben, also das Verfahren von neuem zu beginnen. Die Abschnitte des Verfahrens, die das örtlich unzuständige Gericht erledigte, sind also aufs neue durchzuführen, sie sind als Ganzes in dem neuen Prozess nicht benutzbar[22]), wohl aber die einzelnen Untersuchungshandlungen des unzuständigen Gerichts nach § 20 St.P.O.[23]).

c) Nach der rechtskräftigen Unzuständigkeitserklärung ist die Sache vor dem unzuständigen Gericht nicht mehr anhängig. Grundsätzlich hat es sich von nun an von ihr fern zu halten. Davon gestattet § 21 St.P.O. eine Abweichung, wenn „Gefahr im Verzuge“ ist[24]).

---

[18]) Soweit das Gericht überhaupt in der Lage ist, seine Beschlüsse zu ändern, kann auch die die örtliche Zuständigkeit feststellende Entscheidung vom Gericht abgeändert werden. Vgl. unten bei der sofortigen Beschwerde und Löwe 4 zu § 17 St.P.O. Eine Übertragung der Sache vor ein anderes Gericht gemäss §§ 12, 13, 15 St.P.O. ist durch die „Feststellung“ nicht ausgeschlossen; Löwe 5 zu § 17 St.P.O.

[19]) So ausdrücklich E. XXIII, 155.

[20]) Anders, wenn die örtliche Unzuständigkeit gerügt war, aber mit Unrecht dem Einwand oder Antrag nicht stattgegeben ist; § 377 z. 4 St.P.O.

[21]) Erfolgt die Unzuständigkeitserklärung nach „Eröffnung der Untersuchung“, so muss der Staatsanwalt nach § 154 St.P.O. neue Klage erheben. Anders steht der Privatkläger. Vgl. Löwe 6b zu §§ 16 bis 18 St.P.O.

[22]) Vgl. auch Löwe 6a zu §§ 16 bis 18 St.P.O.

[23]) Das neue Gericht kann z. B. Protokolle über Augenscheinseinnahmen, Zeugenvernehmungen u. s. w. benutzen. Es ist leicht möglich, dass eine Wiederholung überhaupt nicht stattfinden kann, z. B. wenn der Zeuge zwischen der ersten und zweiten Verhandlung gestorben ist. Übrigens ist der Begriff „Untersuchungshandlung“ viel weiter als etwa der der Beweisaufnahme. Auch Verhaftung, Beschlagnahme sind Untersuchungshandlungen; vgl. noch unten und Einzelheiten bei Löwe 3, Stenglein 4 zu § 20, John I, 282 ff.

[24]) Ob dies der Fall ist, hat das unzuständige Gericht selbst zu prüfen. Man denke an Fälle des § 87 St.P.O., an Vernehmung eines Sterbenden u. s. w. Der § 21 hat hauptsächlich den Fall einer bereits anhängigen Untersuchung im Auge, während



## VI. Vorhandensein mehrerer Gerichtsstände, Fehlen eines zuständigen Gerichts.

### § 33.

### Kompetenzkonkurrenz, Verhinderung des zuständigen Gerichts.

A. I. a) Sind nach §§ 7 ff. St.P.O. mehrere Gerichte örtlich zuständig, so kann jede der mehreren Staatsanwaltschaften bei ihrem Gericht die Klage erheben [1]). Es musste vermieden werden, dass ein und dieselbe Sache von mehreren Gerichten abgeurteilt werde. Deshalb bestimmt § 12 St.P.O., dass das Gericht die Sache zu behandeln hat, das die Untersuchung zuerst eröffnete [2]). Man sagt, es sei bei dem Gericht der Gerichtsstand der Prävention begründet [3]).

b) Der Zeitpunkt der Eröffnung der Untersuchung ist ein verschiedener, je nachdem Voruntersuchung stattfand oder nicht. Ist dies der Fall, so ist Eröffnung der Untersuchung gleich Eröffnung der Voruntersuchung nach § 182 St.P.O.; andernfalls ist die Eröffnung des Hauptverfahrens nach §§ 201, 205 St P.O. der massgebende Augenblick. Beide Prozessakte stehen als die Zuständigkeit

---

§§ 160, 163 St.P.O. voraussetzen, dass Anhängigkeit noch nicht vorliegt; vgl. unten. Löwe 1 und Stenglein zu § 21 meinen, der § gestatte eine „Art von Rechtshülfe". Dabei ist aber zu beachten, dass sie ohne Ersuchen eines anderen Gerichts, und dass sie nicht etwa wie nach § 158 G.V.G. nur vom Amtsgericht vorgenommen wird. A. M. v. Kries 164. Auch der Untersuchungsrichter, ja selbst das erkennende Gericht in der Hauptverhandlung kann solche Handlungen vornehmen. Man denke an die Vernehmung eines in der Hauptverhandlung vor dem unzuständigen Landgericht plötzlich schwer erkrankenden Zeugen. Vgl. auch v. Kries 164, John I, 285; a. M. Löwe 3 zu § 21 St.P.O.

[1]) Der in der St.P.O. nicht enthaltene § 35 C.P.O.: „Unter mehreren zuständigen Gerichten hat der Kläger die Wahl", passt strenggenommen nur für den Privatkläger, und war, weil selbstverständlich, für ihn überflüssig. Vgl. Löwe 4a zu § 12 St.P.O. Darüber, dass der Satz bei der öffentlichen Klage nicht genau ist, John I, 245 ff. Man spricht im Falle des § 12 St.P.O. auch von „Kollision" mehrerer Gerichtsstände.

[2]) Die Zeit der Anklageerhebung ist gleichgiltig. Ebenso der Erlass eines Strafbefehls u. s. w. Gleichgiltig ist auch, welche Staatsanwaltschaft als erste die Sache ergriff. Die mehreren Staatsanwaltschaften werden sich eventuell über die Verfolgung der Sache einigen; Löwe 4b zu § 12 St.P.O., Ullmann 198. Gleichgiltig ist weiter, ob die mehreren Gerichte demselben Bundesstaat angehören oder nicht; Löwe 6 vor Tit. II G.V.G. Das gleiche gilt für den Fall des § 12 Abs. 2 St.P.O., sowie § 13 St.P.O. Vgl. die Kritik des § 12 bei John I, 246.

[3]) Das ist schief, denn die Prävention begründet keinen neuen Gerichtsstand, setzt vielmehr das Vorhandensein eines der schon behandelten Gerichtsstände voraus; Ullmann 198. Man spricht nicht gerade schön vom prävenierenden und prävenierten Gericht.

begründende Thatsachen einander gleich[4]), nicht überwiegt etwa die Eröffnung des Hauptverfahrens.

II. a) Der § 12 St.P.O. nennt die §§ 7 bis 11 St.P.O. Das ist insofern nicht genau, als der § 9 nicht mit in Frage kommen kann. Ein mehrfaches „forum deprehensionis“ giebt es nicht, mit dem Gerichtsstand der §§ 7, 8, 10, 11 St.P.O. kann es nicht gleichzeitig gegeben sein.

b) Dagegen nennt § 12 nicht den § 13 St.P.O. Beim Zusammentreffen mehrerer Gerichtsstände des § 13 ist jedoch § 12 entsprechend anwendbar[5]).

c) Schon die Stellung des § 12 zeigt, dass er nur Gerichte gleicher Ordnung im Auge hat. Handelt es sich um Gerichte verschiedener Ordnung, so gelten andere Regeln[6]).

d) Hat das zuvorkommende Gericht nach § 202 St.P.O. das Verfahren eingestellt, so ist vor ihm der Gerichtsstand der Prävention erloschen; dagegen bleibt im Falle des § 203 St.P.O. die Sache bei ihm anhängig und der Gerichtsstand des § 12 bestehen[7]).

III. a) Die Folge des Zuvorkommens ist, dass die übrigen Gerichte die Sache an das zuvorkommende Gericht abgeben müssen und zwar, da § 12 die Zeitbeschränkung der §§ 16 und 18 St.P.O. nicht enthält, solange sie ein Urteil noch nicht gefällt haben.

b) Das Zuvorkommen ist meist von Zufälligkeiten abhängig. Es ist möglich, dass eins der anderen Gerichte zweckmässiger die Verhandlung führen würde, als das zuvorkommende. In solchem Falle kann das zuvorkommende Gericht selbst, aber auch der Ankläger und der Beklagte, bei dem „gemeinschaftlichen oberen Gerichte“[8]) darauf

[4]) In gewissen Fällen erfolgt weder eine Eröffnung der Voruntersuchung, noch des Hauptverfahrens. In ihnen ist § 12 „entsprechend“ anzuwenden; John I, 245. Als Eröffnung gilt im Falle des § 265 St.P.O. der Beschluss des Gerichts, auch „die andere Sache“ zum Gegenstand der Verhandlung zu machen, der Erlass des richterlichen Strafbefehls nach § 447, Anberaumung des Verhandlungstermins nach §§ 454, 460 St.P.O. u. s. w. Vgl. dazu Löwe 3b zu § 12 St.P.O., John I, 245; im einzelnen a. M. Stenglein 3d zu § 12. Es ist denkbar, dass erst in der Hauptverhandlung zur Sprache kommt, dass der Gerichtsstand der Prävention vor einem anderen Gericht begründet sei. In diesem Falle würde das „prävenierte“ Gericht durch Beschluss das Verfahren einzustellen haben; Löwe 5 zu § 12 St.P.O. Übrigens muss, obwohl § 12 von mehreren „zuständigen“ Gerichten spricht, seine Regel Anwendung finden, auch wenn ein Gericht der Ansicht ist, das prävenierende Gericht habe seine Zuständigkeit zu Unrecht angenommen. So lange seine Unzuständigkeit nicht festgestellt ist, ist es als zuständig zu betrachten; so auch Löwe 6, Stenglein 6 zu § 12; vgl. aber auch John I, 249.

[5]) Vgl. auch Löwe 5b zu § 13 St.P.O., v. Kries 174.

[6]) Bezüglich des § 203 a. M. Löwe 3c, Stenglein 7 zu § 12 St.P.O.

[7]) Vgl. darüber unten im II. Kapitel des IV. Buchs.

[8]) Das ist bei Gerichten verschiedener Bundesstaaten das Reichsgericht; vgl. schon oben § 20.



hinwirken, dass dies nach § 12 Abs. 2 St.P.O. einem anderen der zuständigen[9]) Gerichte die Sache überträgt[10]).

c) Die Sache geht in der Lage, in der sie sich bei dem ersten Gericht befand, auf das andere Gericht über; das Verfahren beginnt vor ihm nicht von neuem. Das Gericht, dem die Sache überwiesen wird, ist durch die Überweisung nicht gehindert, seinerseits zu prüfen, ob es wirklich die örtliche Zuständigkeit besitzt[11]).

B. IV. a) Es kann z. B. bei Erkrankung des Einzelrichters[12]), oder durch Richterablehnung[13]) dahin kommen, dass das zuständige Gericht unfähig wird, eine Sache zu erledigen. Es bleibt nach § 15 St.P.O. nichts übrig, als an Stelle des „im Einzelfalle" verhinderten Gerichts ein anderes treten zu lassen[14]).

b) Die Bestimmung eines anderen Gerichts an Stelle des „an sich zuständigen" Gerichts erfolgt durch das „zunächst obere" Gericht[15]), also z. B. bei Verhinderung des Schöffengerichts durch sein Landgericht. Dieses überträgt die Sache an ein anderes Schöffengericht seines Bezirks[16]). Die Übertragung ist in jeder Lage des Verfahrens zulässig.

---

[9]) Dass dies „zuständige" Gericht schon mit der Sache befasst ist, ist nicht erforderlich. A und B hatten sich mit der Sache befasst als Gerichte des Thatorts, C als das des Wohnorts nicht. Eine Überweisung an C ist zulässig.

[10]) Es handelt sich hier nur um Gerichte erster Instanz, auf die allein sich die §§ 7 ff. beziehen. In der Berufungsinstanz ist § 12 unanwendbar. Das Berufungsgericht wird unabänderlich durch das als erste Instanz thätige Gericht bestimmt; E. XIII, 365. Auch im Falle der Zurückverweisung an die erste Instanz nach § 394 Abs. 2 St.P.O. ist § 12 unanwendbar; vgl. Löwe 11, John I, 251, Glaser II, 164.

[11]) Es sei denn, dass das obere Gericht z. B. auf Beschwerde hin über die örtliche Zuständigkeit ausdrücklich entschieden hätte; so Löwe 12, a. M. Stenglein 8, John I, 252. Der § 12 setzt die Zuständigkeit nach §§ 7 ff. voraus. Die Überweisung nach § 12 St.P.O. vermag nicht ein unzuständiges Gericht zum zuständigen zu machen.

[12]) Man nennt weiter Unzugänglichkeit des Gerichts wegen Überschwemmung, Herrschen einer Epidemie, Kriegszustände (§ 222 C.P.O.) u. s. w. Dabei ist zu beachten, dass es sich in solchen Fällen nicht um eine Verhinderung „in einem einzelnen Falle" handeln wird. Nur wo eine solche vorliegt, passt § 15 St.P.O., nicht auf Fälle allgemeiner Verhinderung; Löwe 2a zu § 15.

[13]) Rechtliche Verhinderung liegt auch vor, wenn der Richter selbst der Angeklagte ist. Auch eine Verhinderung des Gerichtsschreiberpersonals kann in Frage kommen. Vgl. übrigens noch John I, 265, Löwe 2b zu § 15, auch Seuffert 2 zu § 36 C.P.O.

[14]) Gefährdung der öffentlichen Sicherheit ist z. B. bei Sozialistenprozessen u. s. w. denkbar. Vgl. auch Ullmann 201.

[15]) Vgl. auch § 36 z. 1 C.P.O., der von dem „im Instanzenzuge" zunächst höheren Gericht spricht. Das passte für die St.P.O. nicht. Das Reichsgericht ist das „zunächst obere" Gericht dem Oberlandesgerichte gegenüber, aber im Strafprozess nicht das im „Instanzenzug" zunächst höhere.

[16]) Das „Gericht eines anderen Bezirks" (§ 15 St.P.O.) ist ein dem verhinderten

Ob eine Veranlassung zur Übertragung nach § 15 vorliegt, entscheidet das obere Gericht[17]). Die Übertragung schafft vor diesem Gericht einen Gerichtsstand für die Sache, in der sie erfolgt.

c) Die Bestimmung lässt, wenn auch die §§ 7 ff. St.P.O. sich auf erkennende Gerichte erster Instanz beziehen, entsprechende Ausdehnung auf die höheren Instanzen zu. Sie passt auch auf die Amtsgerichte als Rechtshülfegerichte[18]).

## § 34.

## Die Kompetenzkonflikte.

I. Trotz der genauen Bestimmungen über die sachliche und örtliche Zuständigkeit ist es sowohl möglich, dass mehrere Gerichte ein und dieselbe Strafsache für sich in Anspruch nehmen, als auch dass die mehreren Gerichte, die der Reihe nach mit der Klage angegangen werden, sich weigern, die Sache zu ergreifen. Man spricht von Kompetenzkonflikten oder Zuständigkeitsstreiten der mehreren Gerichte und zwar von positiven oder affirmativen, wenn eine Mehrzahl, von negativen, wenn keines der Gerichte in der Sache thätig werden will[1]).

II. Diese Streitigkeiten können die sachliche oder die örtliche Zuständigkeit betreffen.

1. a) Sachliche positive Zuständigkeitsstreite liegen vor, wenn Gerichte verschiedener Ordnung eine Sache in Anspruch nehmen, weil ein jedes das sachlich zuständige zu sein behauptet[2]). Das Gesetz schweigt über diesen Fall. Man wird in solchen Fällen, wenn die Sache vor mehreren Gerichten bereits anhängig

---

„gleichstehendes“ Gericht, also im Falle der Verhinderung eines Schöffengerichts ein ebensolches. Das obere Gericht kann nur Gerichten seines Bezirks übertragen. Ob es sich dabei um ein Gericht desselben Bundesstaats handelt, ist gleichgiltig; vgl. auch Löwe 6 zu Tit. II G.V.G.

[17]) E. IX, 381. Das untere Gericht ist an den Beschluss gebunden, es sei denn, dass es das übertragende Gericht nicht als zuständig ansah; so auch Löwe 4; vgl. aber auch Stenglein 3 zu § 15 St.P.O. An welches Gericht die Sache zu weisen ist, entscheidet ebenfalls das obere Gericht; es ist nicht verpflichtet, die Sache beim Vorhandensein eines zweiten zuständigen Gerichts gerade an dies zu verweisen; auch in diesem Falle ist Überweisung an ein unzuständiges Gericht denkbar; Löwe 6 zu § 15, John I, 267.

[18]) Löwe 18 zu § 15 St.P.O.

[1]) Die oben (§ 2, IV) erwähnten Kompetenzkonflikte beziehen sich auf Streite zwischen ordentlichen Gerichten und anderen Behörden, hier stehen mehrere ordentliche Gerichte in Frage. Vgl. auch Ullmann 199; über Kompetenzkonflikte zwischen Militär- und ordentlichen Gerichten vgl. auch Löwe 4b zu § 7 E.G. z. G.V.G.

[2]) Voraussetzung ist, dass sie ordnungsmässig durch Anklage mit der Sache befasst sind; vgl. darüber unten. Beispiel: A erhebt beim Schöffengericht wegen einer leichten Körperverletzung Privatklage, die Staatsanwaltschaft ist der Ansicht, die That sei eine schwere Körperverletzung (§ 224 St.G.B.) und klagt beim Landgericht.



ist, grundsätzlich davon auszugehen haben, dass man sie dem Gericht höherer Ordnung überlässt, an das das niedere Gericht sie abzugeben hat[3]).

b) Auch sachliche negative Zuständigkeitsstreitigkeiten sind möglich. Träte der Fall ein, dass sowohl das Reichsgericht als das Landgericht in einer Sache die Eröffnung der Untersuchung ablehnen, so läge ein Fall vor, bei dem das Gesetz versagt[4]).

2. Örtliche positive und negative[5]) Zuständigkeitsstreite mehrerer Gerichte gleicher Ordnung behandelt § 14 St.P.O.[6]).

a) Ist wegen derselben Sache bei mehreren Gerichten Klage erhoben, und hat jedes der mehreren Gerichte der Klage Folge gegeben, so hat das „gemeinschaftliche obere Gericht" zu entscheiden, welches Gericht die Sache behält[7]).

b) Haben mehrere Gerichte, die mit der Klage wegen einer Sache angegangen sind, erklärt, sie seien örtlich unzuständig[8]), so hat ebenfalls das ihnen „gemeinschaftliche obere Gericht" den Streit zu entscheiden[9]).

III. Ganz andere Fälle trifft der ungeschickt abgefasste § 19 St.P.O.[10]). Eine „nicht mehr anfechtbare Entscheidung", durch die sie

---

[3]) Schon deswegen, weil das obere Gericht bei seiner die des niederen mitumfassenden Zuständigkeit selbst dann urteilen kann, wenn es erkennt, dass die Zuständigkeit des unteren Gerichts ausreicht (§ 269 St.P.O.), während umgekehrt das untere Gericht nach § 270 St.P.O. einzustellen hätte und ein neues Verfahren stattfinden müsste. Erfährt dagegen die Staatsanwaltschaft des oberen Gerichts, bevor sie geklagt hat, dass dieselbe Sache bereits vor dem unteren anhängig ist, so hat sie selbst dann die Klage zu unterlassen, wenn sie meint, die Sache überschreite die Zuständigkeit des unteren Gerichts. Sie hat abzuwarten, ob dieses nach § 270 seine Unzuständigkeit ausspricht. Die Ansichten gehen auseinander; vgl. z. B. John I, 137, Löwe 2 zu Abschn. 1 St.P.O.; Geyer 394 ist für analoge Anwendung der §§ 14 und 19 St.P.O.

[4]) Sie sind allerdings durch die §§ 207, 209, 269, 270 St.P.O. ziemlich unmöglich gemacht. Es ist aber (vgl. § 207 St.P.O.) denkbar, dass sowohl die Strafkammer des Landgerichts als das Reichsgericht die Sache von sich abweist. In solchem Falle würde es an einer Instanz, die den Konflikt entschiede, fehlen. Vgl. Löwe 5a, Stenglein 3 und 4 zu § 136 G.V.G. und noch R. II, 219. Das Reichsgericht kann das untere Gericht nicht zwingen, die Untersuchung in der Sache zu eröffnen. A. M. John I, 139 Immerhin ist es zweckmässig, dass sich in solchem Falle das untere Gericht fügt; es steht ihm ja immer noch die Möglichkeit des § 270 St.P.O. offen.

[5]) Vgl. aber Löwe 2 zu § 14 St.P.O.

[6]) Der § 14 findet, wie das Gesetz überhaupt, nur in Strafsachen Anwendung; Disziplinarsachen gehören nicht zu ihnen; vgl. schon oben § 2 und E. XXII, 111.

[7]) Man denke an Fälle, in denen die „Prävention" eines der Gerichte nicht feststeht. Vgl. noch E. XXII, 111.

[8]) Auch die Beschwerde gegen jedes der sich weigernden Gerichte kann zum Ziele führen. Entscheidet ein Beschwerdegericht, das ihm unterstellte Gericht sei das zuständige, so ist der Streit erledigt und § 14 nicht anwendbar. Hat die Beschwerde keinen Erfolg, so liegt der Fall des § 19 St.P.O. vor.

[9]) Der Beschluss kann auch dahin gehen, keines der Gerichte sei zuständig.

[10]) Löwe 1, Stenglein 1 zu § 19 St.P.O.



ihre Unzuständigkeit aussprechen, können Gerichte erster Instanz nicht erlassen. Die Unzuständigkeitserklärung des Gerichts erster Instanz ist durch Beschwerde anfechtbar[11]). An eine Frist ist die Beschwerde nicht gebunden. Unanfechtbar wird die Entscheidung erst, wenn die höhere Instanz sie bestätigt hat. Der § 19 ist zu lesen: Sind die Unzuständigkeitserklärungen mehrerer Gerichte erster Instanz durch unanfechtbare Entscheidungen der oberen Instanz gebilligt worden u. s. w. In solchen Fällen[12]) würde, wenn § 19 nicht wäre, über das Verbrechen überhaupt nicht verhandelt werden können. Das vermeidet § 19, indem er das den Beschwerdegerichten[13]) „gemeinschaftliche obere Gericht" zur Bestimmung des zuständigen Gerichts erster Instanz beruft[14]). Der § 19 findet nur Anwendung, wenn eins der unzuständig erklärten Gerichte „das zuständige ist", also die Unzuständigkeit irrtümlicherweise ausgesprochen ist.

## VII. Die Rechtshülfe.

### § 35.

### Die Rechtshülfe der ordentlichen Strafgerichte untereinander.

I. Das G.V.G. geht im § 167 von dem Grundsatz aus, dass jedes Gericht nur in dem ihm zugewiesenen Gerichtssprengel thätig zu werden hat. Werden „Amtshandlungen" ausserhalb des Sprengels erforderlich, so muss das Gericht, in dessen Bezirk sie vorgenommen werden sollen, um ihre Vornahme ersucht werden.

---

[11]) Ausnahme das Reichsgericht. Vgl. John I, 279 ff.

[12]) Ebenso trifft § 19 zu, wenn das Gericht erster Instanz sich für zuständig hält, die Beschwerdeinstanz aber die Unzuständigkeit ausspricht; Löwe 2, Stenglein 2 zu § 19 St.P.O.

[13]) Z. B. die Schöffengerichte A und B erklären sich für unzuständig. Das ihnen gemeinsame Landgericht X erklärt, beide Gerichte haben Recht. Das dem Landgericht X vorgesetzte Oberlandesgericht Y entscheidet nach § 19. Oder die Landgerichte A und B haben sich für unzuständig erklärt, das dem Landgericht A vorgesetzte Oberlandesgericht X bestätigt die Erklärung, ebenso das dem Gericht B vorgesetzte Oberlandesgericht Y; das Reichsgericht entscheidet nach § 19. Vgl. auch Glaser II, 174 und Stenglein 3 zu § 19; a. M. Löwe 5 zu § 19 St.P.O.

[14]) Der § 19 sagt nicht allgemein, das obere Gericht müsse ein Gericht bestimmen, das die Sache zu übernehmen habe, wie etwa § 14 St.P.O. So auch Löwe 6, Stenglein 4 zu § 19 St.P.O. Ist das obere Gericht der Ansicht, keins der sich weigernden Gerichte sei zuständig, so kann es kein Gericht bestimmen; a. M. Stenglein 4 zu § 19. Das Gericht lehnt vielmehr den Antrag auf Bestimmung einfach ab und überlässt es der Staatsanwaltschaft, das zuständige Gericht anzugehen.

Die Hülfe, die das ersuchte ordentliche Gericht, und zwar ausnahmslos ein Amtsgericht, dem anderen ordentlichen[1]) Gericht dadurch leistet, dass es für jenes eine Amtshandlung in einer Strafsache[2]) vornimmt, heisst Rechtshülfe[3]).

II. Das G.V.G. unterscheidet bei dieser Rechtshülfe grundsätzlich nicht, ob es sich um Gerichte desselben oder verschiedener Bundesstaaten handelt[4]). Das entspricht dem Gedanken, dass Deutschland bezüglich der Strafgerichtsbarkeit ein einheitliches Rechtsgebiet ist[5]). Die §§ 157 bis 160 G.V.G.[6]) sprechen nur von den

---

[1]) Nur auf die Rechtshülfe der ordentlichen Gerichte untereinander bezieht sich das G.V.G.; vgl. auch M. VIII, 284. Insoweit ist das Bundesgesetz vom 21. Juni 1869, das sog. Rechtshülfegesetz, ausser Kraft getreten. Es gilt dagegen noch für die Rechtshülfe zwischen Gerichten und anderen Behörden, soweit Behörden verschiedener Bundesstaaten in Frage kommen; vgl. dazu Löwe 1 zum Tit. 13 des G.V.G., Ullmann 205. Die Rechtshülfe zwischen Deutschland und dem Auslande behandelt G.V.G. nicht. Es gelten Staatsverträge, bei ihrem Fehlen Völkerrecht; vgl. Löwe 3 zum Tit. 13 G.V.G.; daselbst auch Litteratur; eingehend v. Kries 180 ff., auch Ullmann 205 ff. und besonders Delius Z. XVI, 270 ff. Über die hier nicht näher zu erörternde Rechtshülfe zwischen Militär- und ordentlichen Gerichten Löwe 3e zu § 7 E.G. z. G.V.G.

[2]) Über die Rechtshülfe in Civilsachen, für die das gleiche gilt, ist hier nicht zu sprechen. Vgl. auch Löwe 4 zum Tit. 13 G.V.G. Das Ersuchen zwischen Staatsanwalt und Gericht, oder auch zwischen Staatsanwaltschaft und Staatsanwaltschaft gehören nicht hierher. Vgl. Löwe 7 a. a. O.

[3]) Bei der Rechtshülfe handelt es sich stets um Vornahme einer richterlichen Handlung; so auch Löwe 4 a. a. O., v. Kries 178.

[4]) Vgl. aber § 165 G.V.G. Die §§ 163 und 168 behandeln, obwohl sie in Tit. 13 stehen, keine Rechtshülfe; vgl. über sie unten.

[5]) Vgl. schon oben S. 34 ff. Daher sind die vor Erlass des G.V.G. zwischen den einzelnen Bundesstaaten abgeschlossenen Rechtshülfeverträge durch das G.V.G. meist ausser Kraft gesetzt. An den Sätzen der §§ 157 bis 160, die Inhalt und Umfang der Rechtshülfepflicht bestimmen, kann durch Staatsvertrag nichts geändert werden. Dagegen können z. B. Vereinbarungen, auf Kostenerstattung nach § 165 zu verzichten, zwischen Bundesstaaten auch heute getroffen werden. Vgl. Löwe 2 zu Tit. 13 G.V.G.

[6]) Nicht alle §§ des Tit. 13 G.V.G. beziehen sich auf die Rechtshülfe. Eine Anzahl von Sätzen haben in dem Titel Aufnahme gefunden mit Rücksicht auf früher gültige Bestimmungen des Rechtshülfegesetzes, die durch das G.V.G. abgeändert wurden. Die Rechtshülfe hat nach dem G.V.G. überhaupt ein kleineres Gebiet, als nach früherem Recht. So bedarf es für die in § 161 genannten Handlungen keiner Rechtshülfe, jedes Gericht nimmt sie mit Wirkung für das ganze Reich vor; vgl. Löwe zu § 161. Das gleiche gilt für § 162; er bezweckt eine Erleichterung des Geschäftsverkehrs und trägt dem Umstande Rechnung, dass der Name des zu Beauftragenden dem auswärtigen Gericht u. s. w. nicht bekannt sein wird. Die §§ 163 und 164 beziehen sich auf die Strafvollstreckung; über sie vgl. unten im V. Buch. Der § 165 behandelt die Kosten der Rechtshülfe, § 166 die Berechnung der Gebühren für die vor ein Gericht geladenen Zeugen u. s. w. Auch § 169, der übrigens erst von der R.J.K. aufgenommen ist, behandelt keinen Fall der „Rechtshülfe“. Auch hier soll zwischen den Behörden verschiedener Bundesstaaten nichts anderes gelten als zwischen Behörden desselben Bundesstaats. Einzelnheiten vgl. bei Löwe. Über § 168 unten

ordentlichen Gerichten, nicht von denen der einzelnen Bundesstaaten [7].

III. Der zu I. aufgestellte Grundsatz verlangt aus Zweckmässigkeitsrücksichten Ausnahmen. Rechtshülfe ist überflüssig in den Fällen des § 167 G.V.G. [8].

a) Es besteht nach § 157 G.V.G. für das um Rechtshülfe ersuchte Amtsgericht eine Rechtshülfepflicht [9].

b) Die Rechtshülfepflicht besteht nach § 158 G.V.G. für das Amtsgericht, in dessen Bezirk die geforderte Prozesshandlung vorzunehmen ist. Die Rechtshülfepflicht entsteht dadurch, dass das Amtsgericht um Vornahme der Handlung ersucht wird [10].

c) Das Ersuchen darf nach § 159 Abs. 1 G.V.G. vom ersuchten Amtsgericht nicht abgelehnt werden. Das gilt ausnahmslos, wenn das Ersuchen ausging von einem dem ersuchten Amtsgericht „im Instanzenzuge vorgesetzten Gerichte“, d. h. von einem Gerichte, an welches von diesem Amtsgerichte aus durch Rechtsmittel überhaupt Sachen gebracht werden können [11]. Man hat

---

bei der Stellung der Polizei. — Inwieweit ein Gericht Prozesshandlungen durch Rechtshülfe vornehmen lassen darf, ist durch eine allgemeine Regel nicht bestimmt. Die St.P.O. enthält einzelne Sätze in den §§ 164, 183, 222 u. s. w. Vgl. noch John I, 181 ff., Löwe 5 zum Tit. 13 G.V.G.

[7]) Vgl. dazu Wach I, 513, John I, 178 ff., Löwe 123 ff.

[8]) Es handelt sich um Prozesshandlungen, zu deren Vornahme das Gericht oder der Richter sich in den anderen Bezirk begiebt, insbesondere um Augenscheinseinnahmen; der § findet auch Anwendung bei Gerichten verschiedener Bundesstaaten. Versagt „das Amtsgericht des Orts“ seine Zustimmung, so ist Beschwerde möglich; da es sich nicht um einen Fall der „Rechtshülfe“ handelt, kann § 160 nicht in Frage kommen. Vielmehr handelt es sich „nur um Verwaltungsinteressen“; so Löwe 3 zu § 167 G.V.G. Die Beschwerde geht deshalb an die vorgesetzte Aufsichtsbehörde; vgl. auch Stenglein 3 zu § 167. A. M. z. B. Laband II, 381.

[9]) Schon im sogenannten Ermittelungsverfahren; vgl. unten im IV. Buch.

[10]) Zur Sprechweise des Gesetzes sei bemerkt, dass es stets sagt, der Amtsrichter sei um Vornahme der Handlung zu „ersuchen“. Das ist selbst dann der Fall, wenn das Ersuchen von dem Gericht ausgeht, welches ein dem Amtsgericht vorgesetztes ist. Über den sogenannten beauftragten Richter vgl. schon oben S. 47 und Löwe 6 zum Tit. 13 G.V.G., sowie Wach I, 328 ff.

[11]) So auch Löwe 1 zu § 159 G.V.G. Dem Amtsgericht ist also vorgesetzt das Landgericht und Oberlandesgericht, in dessen Bezirk es liegt; allen Amtsgerichten ist „vorgesetzt“ das Reichsgericht; vgl. auch § 136 Abs. 3 G.V.G. Löwe 1c zu § 159 G.V.G. will, dass, falls das obere Gericht irrtümlich ein örtlich unzuständiges Amtsgericht ersucht hat, dieses die Sache an das von ihm für zuständig gehaltene Amtsgericht abgeben könne. Das ist nicht unbedenklich für den Fall, dass dieses zweite Gericht nicht im Bezirke des ersuchenden liegt. Hielte sich z. B. dies zweite Amtsgericht ebenfalls für örtlich unzuständig, so kann es einfach das Ersuchen ablehnen. Der Zweck des § 159 wäre dadurch vereitelt. Dagegen kann das ersuchte untergebene Amtsgericht bei dem ersuchenden Gericht wegen seiner Unzuständigkeit vorstellig werden. Das gleiche gilt, wenn das Amtsgericht die Zulässigkeit der von ihm vorzunehmenden Handlung bezweifelt; vgl. unten Anm. 13.



das bestimmt, um nicht das vorgesetzte Gericht in die Lage zu versetzen, dem untergebenen gegenüber den Beschwerdeweg ergreifen zu müssen.

In anderen Fällen berechtigt das Fehlen der örtlichen Zuständigkeit[12]) und das Verbotensein der Handlung „nach dem Rechte des ersuchten Gerichts"[13]) zur Ablehnung des Ersuchens. Aus anderen Gründen ist Ablehnung nicht gestattet[14]). Streitigkeiten über die Leistung der Rechtshülfe entscheidet abweichend vom sonst üblichen Beschwerdewege nicht das Landgericht, sondern das von § 160 G.V.G. genannte Oberlandesgericht[15]). In gewissen Fällen ist hier das Reichsgericht zweite Beschwerdeinstanz gegenüber dem Oberlandesgericht.

---

[12]) So z. B., wenn der Ort, an dem Augenschein einzunehmen ist, nicht im Gerichtsbezirk liegt. Dagegen ist das Gericht nicht unzuständig, weil ein zu vernehmender Zeuge nicht im Bezirk wohnt; vgl. v. Kries 179.

[13]) Ist die Handlung schlechthin, „in abstracto" verboten, so herrscht kein Streit. Handelt es sich dagegen um die Frage, ob im einzelnen Falle eine an sich erlaubte Handlung unzulässig sei, so wollen Löwe 3b und Stenglein 4 zu § 159 G.V.G. lediglich die Ansicht des ersuchenden Gerichts massgebend sein lassen und dem Amtsgericht die Ablehnung versagen. Das ist nicht unbedenklich; es nähert sich das einem Anweisungsrecht des oberen Gerichts, von dem das Gesetz nichts weiss und das im § 159 nicht zum Ausdruck gekommen ist. Dagegen hat das Amtsgericht die Zweckmässigkeit der verlangten Handlung nicht zu prüfen. Vgl. noch Glaser II, 278 Anm. 6. Die Motive denken dabei an Verschiedenheit des Rechts des ersuchenden und des ersuchten Gerichts. Häufiger werden auf dem Gebiete des Strafprozesses andere Fälle sein. Man denke z. B., dass um eidliche Vernehmung eines Zeugen ersucht wird, das Amtsgericht aber findet, dass der Zeuge noch nicht 16 Jahre alt ist. Auch diese Fälle werden durch § 159 G.V.G. gedeckt. So auch Löwe 3 zu § 159, v. Kries 179.

[14]) Vgl. Löwe 4 zu § 159 G.V.G., auch M. IX, 85. Eine Ablehnung ist denkbar, weil das ersuchende Gericht als „Rechtshülfe" eine Handlung verlangt, die nicht in das Gebiet der Rechtshülfe fällt. Man denke etwa daran, dass um eine nicht vom Richter vorzunehmende Handlung ersucht wird. Vgl. dazu Löwe 5 zu § 159 G.V.G.

[15]) Der § 160 G.V.G. bezieht sich nur auf die in ihm genannten beiden Beschwerdepunkte. Andere Beschwerden, die sich bei Gelegenheit der Rechtshülfe ergeben, z. B. Beschwerden gegen den Amtsrichter, werden im gewöhnlichen Instanzenzuge erledigt; § 72 G.V.G. „Ablehnung" des Ersuchens liegt auch vor, wenn das Ersuchen nicht voll erfüllt oder anders als gewünscht erledigt wird. Verzögerung der Ausführung gehört nicht unter § 160. Dass sich § 160 nur auf die Rechtshülfe unter den ordentlichen Gerichten bezieht, ist zweifellos; vgl. E. XIX, 438, R. IX, 418, M. V, 130. Auf das Ersuchen in Sachen der Strafvollstreckung findet § 160 nicht Anwendung; auch hier handelt es sich selbst dann nicht um „Rechtshülfe", wenn das Ersuchen an den Amtsrichter geht (§ 483 St.P.O.); vgl. auch E. XX, 101, Löwe 4a zu § 160 G.V.G. Der § 160 kommt nicht in Frage, wenn das ersuchende Gericht ein im „Instanzenzuge vorgesetztes" ist. Vgl. noch M. VIII, 284.

ZWEITER ABSCHNITT.

# Die Lehre von den Parteien.

---

Erstes Kapitel.

## Parteien, Parteifähigkeit, Prozessfähigkeit.

### § 36.

### Der Strafprozess als Parteiprozess.

I. a) Im Strafprozess handelt es sich um die Frage, ob der Staat dem Beschuldigten gegenüber ein Strafrecht habe [1]). Diese Frage wird dem Richter durch Behörden und Personen vorgelegt, die das Gesetz zu dieser Thätigkeit beruft. Sie treten als Ankläger vor Gericht dem Beschuldigten gegenüber. Der Strafprozess weist also eine Person auf, die die Entscheidung vom Richter verlangt, und eine, der gegenüber das geschieht. Er erscheint als ein Prozess zwischen zwei über ein festzustellendes Recht Verhandelnden; die beiden Verhandelnden erscheinen als Parteien [2]) des Prozesses.

b) Auch der Civilprozess [3]) ist Parteiprozess. In ihm macht der Kläger dem Beklagten gegenüber einen Anspruch geltend. Aber nicht

---

[1]) Das besonders geartete Verfahren bei Einziehungen u. s. w. (§ 477 ff. St.P.O.), der Fall der Wiederaufnahme des Verfahrens, wenn der Verurteilte gestorben ist (§ 411 St.P.O.), bleibt hier ausser Betracht.

[2]) Die Strafprozesswissenschaft hat sich regelmässig begnügt, den Staatsanwalt, Privatkläger u. s. w., bezw. den Beschuldigten als Parteien zu bezeichnen. Vgl. auch Löwe 5a zu § 153 St.P.O. Anders dagegen John II, 185 ff.; er bestreitet, dass es im Strafprozess Parteien giebt. Vgl. auch John I, 493 und II, 155. Unverständlich Geyer 417. Zu beachten ist, dass § 245 Abs. 2 St.P.O. vom „Gegner" spricht, ebenso § 408 Abs. 2 St.P.O.

[3]) Keineswegs ist aber alles, was von den Parteien im Civilprozess gilt, auch für den Strafprozess anwendbar. Das folgt schon aus der Verschiedenheit der Prozessgegenstände.

immer tritt der, um dessen Anspruch es sich handelt, im Prozess selbst auf, ebenso wenig der, gegen den der Anspruch erhoben wird. Vielmehr kennt der Civilprozess[4]) Auftreten von Parteivertretern. Sie handeln für und an Stelle der Partei; der Prozess wird nicht in ihrem, sondern im Namen der Vertretenen geführt[5]). Parteien sind die, um deren **eigene Ansprüche und Verpflichtungen** es sich bei der Entscheidung handelt[6]).

II. a) Es zeigt sich also, dass die übliche Auffassung, welche den Beschuldigten und Staatsanwalt als Parteien einander gegenüberstellt, nicht genau ist. Der Staatsanwalt macht das dem Staat zustehende „jus puniendi" geltend, ebenso aber der Privatkläger nach § 414 ff. St.P.O., die Polizeibehörde nach § 451 St.P.O. ff., die Verwaltungsbehörde nach § 459 ff. St.P.O. Sie alle sind nicht Parteien, sondern Parteivertreter. Partei ist in allen Fällen der Staat, um dessen Strafrecht es sich im Strafprozess handelt[7]).

b) Anders stehen Privat- und Nebenkläger, sofern sie für sich selbst[8]) die Zuerkennung einer Busse beantragen. Hier handelt es sich um einen eigenen Anspruch des Klägers aus der „strafbaren Handlung". Dass der Bussprozess Parteiprozess ist, lässt sich nicht bestreiten[9]).

III. Man hat auch die Parteieigenschaft des Staates geleugnet[10]) und z. B. eingewendet, der Staatsanwalt nehme als Vertreter des Staates keine „einseitigen Parteiinteressen" wahr. Dass der Staatsanwalt nicht ohne weiteres „einseitig" die Verurteilung des Beschuldigten betreibt, ist richtig[11]). Der Staat hat ein Interesse daran, dass der Schuldige bestraft, der Unschuldige freigesprochen wird, ungerechte Verurteilung, ungerechte Freisprechung gefährden in gleicher Weise seine Lebensbedingungen. Sieht der Staatsanwalt also ein, dass er die Anklage gegen einen Un-

---

[4]) Man denke an den Anwaltsprozess; § 74 C.P.O.

[5]) Der Prozess ist nicht „ihr Prozess, sondern der Prozess eines anderen"; vgl. auch v. Kries 186.

[6]) Vgl. dazu Wach I, 518, auch 520 Anm. 2, v. Kries 168. Dass im Civilprozess um den Parteibegriff neuerdings heftig gestritten wird, ist bekannt. Die Behandlung der Kontroverse kann hier unterbleiben.

[7]) Nach englischem Recht klagt „die Königin" gegen den Beschuldigten. Vgl. noch Glaser II, 143.

[8]) Anders auch hier, wenn für den Verletzten z. B. der Vormund im Prozess den Bussanspruch geltend macht. Über die Natur der Busse vgl. Näheres unten.

[9]) John's Behauptung II, 185: „Es giebt im Strafprozess keine Parteien", ist also hier sicher unzutreffend; Hugo Meyer, Die Parteien im Strafprozess (1889) behauptet, Partei sei nicht der Angeklagte, sondern auf beiden Seiten der Staat. Vgl. dazu auch v. Kries 219 Anm. 2; gegen John I, 112 besonders ausführlich v. Kries 192. Vgl. auch Ullmann 232.

[10]) Besonders John II, 185. Im Falle des § 411 St.P.O. kann man von einem Parteiprozesse nicht sprechen; der Beschuldigte fehlt. Vgl. noch John II, 117 ff.

[11]) Vgl. z. B. § 158 Abs. 2 St.P.O., auch Löwe 5b und 6 zu § 153 St.P.O.

schuldigen erhoben hat, so muss er, wenn Zurücknahme der Klage unmöglich ist[12], auf Freisprechung hinwirken. Das ist nun nicht der regelmässige Fall. Vielmehr gestaltet sich die Sache meist so — und von diesem Normalfall ist auszugehen —, dass der anklagende Staatsanwalt den Angeklagten für schuldig hält und dessen Verurteilung durchsetzen will. Es ist doch weiter die Regel, dass der Angeklagte die Bestrafung von sich abzuwenden, dass er wenigstens eine möglichst milde Strafe zu erreichen sucht. Das Interesse des Angeklagten steht in diesen Fällen mit dem staatlichen Interesse in Widerstreit und man kann hier mit Recht von Parteiinteressen sprechen[13]). Partei ist im Strafprozesse also auf klägerischer Seite der Staat.

b) Auch die Parteieigenschaft des Beschuldigten ist bestritten[14]). Trotzdem man anerkennt, dass er eigene, von denen des Staates abweichende Interessen verfolgt, soll er nicht Partei sein, da er im Prozesse auch Beweismittel sei. In erster Linie ist er jedenfalls ein mit Prozessrechten ausgestattetes Rechtssubjekt im Prozesse, erst in zweiter Linie ist er auch Beweisobjekt. Dass sich Beides vereinigen lässt, zeigt der Civilprozess. Dort ist der Beklagte Partei, trotzdem er auch Beweismittel ist[15]).

IV. Auch dem Gesetz liegt die Anschauung zu Grunde, dass der Strafprozess Parteiprozess sei. Der Strafprozess ist als Rechtsstreit[16]) gedacht und setzt streitende Teile, d. h. Parteien voraus. Dafür spricht auch das Auftreten eines Verteidigers dem Angreifer gegenüber. Endlich spricht auch das Gesetz, für seine Anschauung der Sache bezeichnend, von Parteien[17]).

V. Man sagt, die Strafprozessordnung gehe aus vom Grundsatze der Parteien- oder Waffengleichheit[18]). Er ist nicht überall streng durchgeführt.

a) Mehrfach ist der Ankläger bevorzugt. Ist schon an sich die Stellung des Angreifers die günstigere, so ist das besonders der Fall, wenn die Staatsanwaltschaft die Angreifende ist. Der dem Gericht gleichgeordnete öffentliche Beamte

---

[12]) Vgl. § 154 St.P.O. Dazu auch Ullmann 234, v. Kries 192.

[13]) Auch andere Fälle sind möglich. Während der Staatsanwalt Freisprechung verlangt, will der Angeklagte, etwa um im Winter im Gefängnis unter Dach und Fach zu kommen, verurteilt werden. Auch hier verfolgt der Staat sein Interesse gegenüber dem des Beschuldigten. — Übrigens sind auch Civilprozesse denkbar, in denen ein Widerstreit der Parteiinteressen nicht vorhanden ist. Trotzdem wird dort die Parteieigenschaft des Klägers und Beklagten nicht geleugnet.

[14]) Vgl. John II, 185 und I, 919 ff.

[15]) Man denke an den Parteieid oder an den englisch-amerikanischen Prozess, der eine eidliche Vernehmung der Partei als Zeuge in eigener Sache kennt. Vgl. noch v. Kries Z. IX, 27.

[16]) Er zählt zur streitigen Gerichtsbarkeit. Vgl. auch Löwe 4 zu § 165, 3 und 4a zu § 178 G.V.G., und besonders 5a und 6 zu § 153 St.P.O. Auch John kann sich nicht ganz von der Annahme eines Parteiprozesses losmachen. Vgl. I, 420 ff., 578, 960 u. s. w., sowie oben Anm. 2.

[17]) So in § 420 Abs. 2 St.P.O. in § 165 Abs. 3 G.V.G.

[18]) Kritische Bemerkungen dazu bei v. Kries 220.

hat als solcher Hilfsmittel, die dem Angegriffenen fehlen. Eine Reihe von Behörden helfen ihm bei Vorbereitung seines Angriffs[19]); er geniesst beim Gericht eines grösseren Vertrauens als der Beschuldigte[20]) u. s. w.

Dem Ankläger gegenüber tritt der Beschuldigte. Schon das Bewusstsein, Beschuldigter zu sein, ist besonders bei schweren Beschuldigungen ein bedrückendes. Der Beschuldigte hat ja zwar das Recht, für seine Verteidigung zu sorgen[21]), aber es fehlen ihm oft die Mittel, dies Recht mit Erfolg auszuüben, besonders wenn er verhaftet ist[22]).

b) Diese ungünstige Stellung des Beschuldigten zu bessern, hat das Gesetz, allerdings nicht immer mit Erfolg, versucht. Abgesehen davon, dass grundsätzlich im Zweifel die dem Beschuldigten 'günstigere Lesart[23]) ausschlaggebend ist, kommen dem Beschuldigten z. B. der § 198 Abs. 3 G.V.G., § 262 St.P.O., die bei dem Angeschuldigten ungünstigen Entscheidungen eine „künstliche Mehrheit"[24]) verlangen, der § 257 Abs. 2 St P.O., der dem Angeschuldigten in der Hauptverhandlung das letzte Wort giebt, u. s. w., zu Gute.

## § 37.

## Die Parteifähigkeit.

I. Der Strafprozess soll die Frage lösen, ob auf den zur Verhandlung stehenden Fall das Strafgesetz angewendet werden müsse[1]). Bezüglich des Beschuldigten sind zwei Fragen streng auseinander zu halten[2]):

a) Wer kann verurteilt werden, welche persönlichen Eigenschaften, als Zurechnungsfähigkeit, Alter zur Zeit der That[3]), müssen dazu vorliegen?

b) Wer kann mit Rechtswirksamkeit, d. h. so, dass ein Prozessverhältnis zu Stande kommt, angeklagt werden? Kürzer:

---

[19]) Z. B. die Polizei, der Amtsrichter, die öffentlichen Behörden überhaupt. Vgl. darüber unten § 42.

[20]) Vgl. § 194 St.P.O. und § 147 St.P.O., sowie unten bei der Verteidigung.

[21]) Er kann z B. seine Zeugen, Sachverständigen u. s. w. bringen; § 218 ff. St.P.O.

[22]) Vgl. St.P.O. § 112 und unten § 56.

[23]) Man sagt, es gelte der Satz „in dubio pro reo". So erfolgt Freisprechung, wenn die Schuld nicht voll erwiesen ist. Allerdings sprechen zu Ungunsten des Beschuldigten eine ganze Reihe von Präsumtionen der Schuld. Vgl. unten beim Beweise.

[24]) Vgl. Glaser I, 215, 139 ff.

[1]) Von den später zu behandelnden eigenartigen Fällen des sog. objektiven Strafverfahrens (§ 477 St.P.O.) und des § 411 St.P.O. ist zunächst abzusehen. Auf sie passt das eben Gesagte nicht.

[2]) Diese Scheidung unterlässt z. B. Glaser II, 195.

[3]) Die persönlichen Eigenschaften zur Zeit des Prozesses haben eine ganz andere Bedeutung. Zurechnungsfähigkeit zur Zeit der That ist Bedingung der Strafbarkeit; Geisteskrankheit zur Zeit des Prozesses macht, obwohl ein Prozessverhältnis gegen den Kranken begründet werden kann, doch das Verhandeln zur Zeit unmöglich, es fehlt an einer Prozessvoraussetzung.

Wer kann als Beschuldigter Prozesspartei sein, ist in diesem Sinne parteifähig?

II. Die erste Frage beantwortet das Strafrecht. Die zweite Frage ist eine rein strafprozessuale. Parteifähigkeit des Angeklagten ist Prozessvoraussetzung. Die St.P.O. behandelt sie nicht. Auch Wendungen, wie die des § 55 St.G.B. „kann . . . nicht verfolgt werden“, sagen nicht, die „nicht verfolgbaren Personen“ seien parteiunfähig[4]). Parteifähigkeit und Deliktsfähigkeit haben nichts miteinander zu thun. Auch der Unzurechnungsfähige ist parteifähig. Er kann, wenn man seine Unzurechnungsfähigkeit nicht rechtzeitig erkennt, angeklagt werden und wird freigesprochen, wenn sich im Laufe der Verhandlung seine Unzurechnungsfähigkeit erweist[5]).

III. a) Da nirgends die Fähigkeit, als Beschuldigter Prozesspartei zu sein, an ein bestimmtes Alter, oder an bestimmte geistige Fähigkeiten geknüpft wird, muss man als fähig, Angeschuldigter zu sein, passiv parteifähig, einen **jeden lebenden Menschen** ansehen[6]). Gegen einen jeden kann wirksam Anklage erhoben werden. Das Verfahren zeigt, ob der Beschuldigte gestraft werden kann oder nicht.

b) Ob der Beschuldigte ein Delikt begangen hat, ob er eines begehen konnte, ist für die Begründung des Prozessverhältnisses gleichgültig. Um es ins Leben zu rufen, bedarf es nur der ordnungsmässigen Anklageerhebung gegen einen Lebenden. Es entsteht durch einen reinen Formalakt. Eine andere Frage ist, wie sich das Prozessverhältnis weiter entwickelt, insbesondere ob es bis zur Entscheidung durch

---

[4]) Das haben v. Kries Z. V, 10 und Glaser II, 196 Anm. 4 gegen Olshausen richtig hervorgehoben. Der § 55 St.G.B. sagt: Der zur Zeit der That nicht Strafmündige soll zwar nicht gestraft werden, aber er soll untergebracht werden können. Ähnlich steht es mit § 67 St.G.B. In allen diesen Fällen fehlt es an einer Bedingung der Strafbarkeit, nicht an einer Prozessvoraussetzung. Vergl. auch G. XXXVII, 312. Dagegen wird das „Verfolgen“ z. B. von § 4 St.G.B. in strafprozessualem Sinne gebraucht. Er wendet sich an den Staatsanwalt und sagt: Du kannst klagen oder nicht klagen, wie du willst. Ebenfalls prozessuale Bedeutung hat das „Verfolgen“ in § 61 St.G.B. Fehlen des Antrags ist Fehlen einer Prozessvoraussetzung. Dem entspricht auch § 259 Abs. 2 St.P.O. Der Sprachgebrauch des St.G.B. ist also kein einheitlicher. Löwe 3a vor § 212 St.P.O.

[5]) A. M. wohl v. Kries 187; dagegen spricht § 56 St.G.B., der die Freisprechung des unzurechnungsfähigen Angeklagten ausdrücklich anordnet, also nicht etwa Einstellung des Verfahrens. Etwas ganz ähnliches zeigt der Civilprozess. Parteifähigkeit hat nicht zur Voraussetzung civilrechtliche Verpflichtungsfähigkeit. Diese Eigenschaft kommt nach § 51 (§ 52 in der neuen Redaktion) C.P.O. nur für die Prozessfähigkeit in Frage. Auch im Civilprozess sind zwei Fragen scharf zu trennen. Die eine civilprozessuale: Wer kann Beklagter im Prozess sein, die zweite civilrechtliche: Wer kann als Beklagter aus seinen Handlungen verurteilt werden?

[6]) Juristische Personen können nicht angeklagt werden, v. Kries 187, v. Liszt § 26.

Urteil kommt, oder ob es schon vorher etwa durch Beschluss eingestellt wird. Wenn man sagt[7]), ein Prozess soll gegen den unter 12 Jahre alten Thäter nicht geführt werden, er sei zwecklos u. s. w., so ist damit die Frage nicht erledigt. Es ist klar, dass der Staatsanwalt eine Anklage gegen einen noch nicht Zwölfjährigen nicht erheben wird, ebensowenig wie gegen den zwar jetzt, aber zur Zeit der That noch nicht Zwölfjährigen[8]), oder gegen einen Geisteskranken, wenn ihm diese Eigenschaften bekannt sind. Abgesehen von Fällen, in denen das Alter des Verdächtigen nicht genau festgestellt werden kann, kann es aber vorkommen, dass man sich über Alter und Zurechnungsfähigkeit täuscht[9]).

IV. Was hat zu geschehen, wenn in solchen Fällen dennoch angeklagt wurde? Was, wenn, ohne dass der Fehler bemerkt ist, das Hauptverfahren gegen einen noch nicht Strafmündigen eröffnet ist, was, wenn erst in der Hauptverhandlung diese Entdeckung erfolgt, was endlich, wenn die Sache nach der Verurteilung des Angeklagten in die höhere Instanz kommt?[10])

Im einzelnen ergiebt sich folgendes:

a) Der Staatsanwalt erhebt Anklage, nach § 176 St.P.O. wird die Voruntersuchung eröffnet. Der Untersuchungsrichter entdeckt, dass der Angeschuldigte noch nicht 12 Jahre alt ist. Eine Fortsetzung der Voruntersuchung wäre zwecklos, ihr Zweck ist erreicht; der Untersuchungsrichter schliesst sie nach § 195 St.P.O. Der Staatsanwalt behandelt die Sache wie jede andere, in der sich bei der Voruntersuchung ein Schuld- oder Strafausschliessungsgrund herausstellte. Er stellt beim Gericht den Antrag, das Hauptverfahren nicht zu eröffnen, woraufhin das Gericht nach § 202 durch Einstellungsbeschluss die Sache erledigt.

b) Erst nach Eröffnung des Hauptverfahrens gemäss § 201 St.P.O. wird bemerkt, dass der Angeklagte noch nicht 12 Jahre alt ist. Mit dem Eröffnungsbeschluss geht die Sache an das erkennende Gericht über. Es muss die Hauptverhandlung stattfinden, in der nach Feststellung des Alters des Beschuldigten zur Zeit der That die Freisprechung erfolgt[11]).

---

[7]) So Glaser II, 196 Anm. 4 und genauer II, 198 ff.

[8]) Nach v. Kries Ansicht müssten übrigens diese beiden Fälle wohl verschieden behandelt werden. Der noch nicht Zwölfjährige besitzt keine Parteifähigkeit, es fehlt eine notwendige Prozessvoraussetzung, also erfolgt Einstellung des Verfahrens. Der zur Zeit des Prozesses, aber zur Zeit der That noch nicht Zwölfjährige besitzt die Prozessfähigkeit, er muss also freigesprochen werden; vgl. v. Kries 221, 222.

[9]) Auch die verschiedenen Streitfragen über den Zeitpunkt der That können von Bedeutung werden. Vgl. über sie v. Liszt § 30.

[10]) Mit dem Einwand, in solchen Fällen sei ein Prozessverhältnis nicht zu Stande gekommen und nur scheinbar ein Angeklagter vorhanden, der Prozess und das Urteil seien nichtig, ist wenig geholfen. Die „Nichtigkeit" des Urteils müsste erst durch neuen Richterspruch festgestellt werden. Solange das nicht geschieht, ist es vorhanden, es kann rechtskräftig werden wie jedes andere Urteil. Würde etwa der Berufungsrichter, wenn er sieht, der erste Richter habe einen Strafunmündigen, Wahnsinnigen verurteilt, erklären, gegen ihn ist das Verhandeln unmöglich, das erste Urteil ist ein Scheinurteil, ich stelle ohne neues Urteil das Verfahren ein, so wäre das fehlerhaft.

[11]) Zwischen der Eröffnung des Hauptverfahrens und der Hauptverhandlung ist eine Beendigung des Verfahrens nicht möglich. Der Fall liegt rechtlich gerade

c) Die Strafkammer verurteilt den Beschuldigten, ohne den Fehler zu bemerken. Der Verurteilte legt rechtzeitig Rechtsmittel gegen das Urteil ein. Die Sache muss dann in der höheren Instanz zur Verhandlung kommen, in der das erste verurteilende Erkenntnis aufgehoben und der Beschuldigte freigesprochen wird[12]).

V. Ein Parteiverhältnis ist nur denkbar, wenn beide Parteien vorhanden sind[13]). Wird jemand angeklagt, der zur Zeit der Anklageerhebung bereits gestorben war, so kommt ein Prozessverhältnis nicht zu stande; stirbt der Beschuldigte nach der Anklage, so ist von dem Augenblicke des Todes an das Prozessverhältnis nicht mehr da. Diese Fälle liegen anders als die eben behandelten. In jenen Fällen ein irrtümlicherweise begründetes, aber doch vorhandenes Prozessverhältnis, in diesen ein rechtlich und thatsächlich nicht oder nicht mehr vorhandenes Prozessverhältnis[14]). Die Sache gestaltet sich folgendermassen:

a) Der Staatsanwalt erhebt Anklage, es wird nach § 179 St.P.O. Eröffnung der Voruntersuchung verfügt. Der Untersuchungsrichter entdeckt, dass der Angeschuldigte tot ist. Er wird das aktenkundig machen und dem Staatsanwalt, ohne einen Schluss der Voruntersuchung zu verfügen, die Akten übersenden. Der Staatsanwalt braucht nun keinen Antrag auf Einstellung des Verfahrens zu stellen, denn das Verfahren ist thatsächlich zu Ende. Ein Gerichtsbeschluss etwa nach § 196 oder 202 St.P.O. ergeht nicht[15]).

b) Es wird das Hauptverfahren gegen den Angeschuldigten eröffnet. In dem sogenannten Zwischenverfahren des § 212 ff. St.P.O. wird der Tod des Angeklagten bekannt. In den Prozessakten ist der Tod des Angeklagten zu vermerken, der Hauptverhandlungstermin ist abzusetzen, die etwa schon geladenen Zeugen abzubestellen und die Staatsanwaltschaft[16]) zu benachrichtigen. Eines besonderen Schlusses des Verfahrens bedarf es nicht[17]).

c) Kommt in der Hauptverhandlung der Tod des Angeklagten zur Sprache, so erfolgt ebenfalls keine förmliche Einstellung, sondern es wird in das Protokoll ein auf den Tod bezüglicher Vermerk gemacht, und die Sache weggelegt. Würde etwa ein bereits Verstorbener im Falle des § 231 St.P.O. verurteilt, so ist selbst eine Geldstrafe nach § 30 St.P.O. nicht vollstreckbar. Würde etwa der Vertreter des Be-

---

so, wie wenn sich die Unschuld eines strafmündigen Angeklagten in dieser Zwischenzeit irgend wie herausstellt. Hier wie da ist der Ausgang der Hauptverhandlung gewiss, trotzdem muss in sie eingetreten werden. Anders Löwe 3a vor § 212 St.P.O.

[12]) Legt der Verurteilte oder etwa ein nach § 340 St.P.O. Berechtigter kein Rechtsmittel ein, so wird das verurteilende Erkenntnis rechtskräftig. Um es aus der Welt zu schaffen, bedürfte es eines Wiederaufnahmeantrags, der sich auf § 399 Z. 5 St.P.O. stützen müsste. Auch § 490 St.P.O. wäre in Betracht zu ziehen. Vgl. John II, 664.

[13]) Der Fall des § 411 St.P.O. scheidet hier aus.

[14]) Das Gesetz hat mit Recht derartige Fälle gar nicht ausdrücklich erwähnt.

[15]) Glaser II, 201 sagt, der Tod macht das Verfahren „zwecklos und es ist schon darum . . . sofort einzustellen". Das ist schief ausgedrückt. Das Verfahren ist nicht „zwecklos" geworden, sondern thatsächlich zu Ende. Ein beendetes Verfahren noch einzustellen, ist nicht nötig.

[16]) Ebenso etwa vorhandene Nebenkläger, Verteidiger u. s. w.

[17]) Vgl. dagegen John II, 661 und Löwe 3a vor § 212 St.P.O. Darin stimmen wohl beide überein, dass in eine Hauptverhandlung nicht eingetreten wird.



schuldigten, in Unkenntnis des Todes ein Rechtsmittel einlegen, so würde, wenn das Rechtsmittelgericht den Tod feststellt, nicht ein zweites Urteil das erste aufheben, sondern es würde auch hier die Sache ohne Entscheidung erledigt sein[18].

## § 38.

## Die Parteien.

### Der Staat, der Beschuldigte und der Busskläger.

I. Dem Beschuldigten steht als Partei der Staat gegenüber.

a) Ob das Reich oder einer der Gliedstaaten, und welcher von ihnen in die Parteirolle einzutreten hat, bestimmt sich gemäss dem G.V.G. und der St.P.O. danach, welche Staatsanwaltschaft in der Einzelsache zur Anklageerhebung berufen ist. Danach tritt das Reich als Partei auf in den Sachen, in denen nach § 136 G.V.G. das Reichsgericht als erste Instanz anzurufen ist. In allen übrigen Sachen[1]) ist einer der Bundesstaaten Partei und zwar der, dessen Gericht erster Instanz mit der Sache durch Anklage befasst wird. Es ist für den Strafprozess also gleichgiltig, ob das verfolgte Delikt durch Reichs- oder Landesgesetze bedroht wird, ebenso ob durch inländisches oder ausländisches Recht. Ebenso ist es, abgesehen von § 136 G.V.G., ohne Bedeutung, ob die That sich richtete gegen Interessen des Reichs oder eines Bundesstaats[2]), des Inlands oder des Auslands. Bestimmend für die Parteirolle ist also hier das Gericht, das als erste Instanz die Sache an sich zieht.

---

[18]) Die Exterritorialen, Militärpersonen u. s. w., die Glaser II, 197 hier nebeneinander stellt, haben mit der Frage der Parteifähigkeit gar nichts zu thun. Wird ein Mitglied einer deutschen gesetzgebenden Versammlung nach Ablauf seines Mandats wegen einer Äusserung unter Anklage gestellt, die es in Ausübung des Berufes gethan hat, so ist der Angeklagte freizusprechen, es fehlt an einer Bedingung der Strafbarkeit. Vgl. dagegen z. B. Binding I, 676, 684, auch v. Kries Z. V, 9. Die Bestimmung des § 11 St.G.B. ist strafrechtlicher, nicht prozessrechtlicher Natur. Den Militärpersonen und Exterritorialen fehlt die Parteifähigkeit keineswegs, sie sind nur nicht den ordentlichen Gerichten unterworfen, solange ihnen die Eigenschaft als Exterritorialer oder Militärperson zur Seite steht. Es fehlt an einer Prozessvoraussetzung; das Verfahren ist zur Zeit vor den ordentlichen Gerichten oder (bei den Exterritorialen) überhaupt unmöglich. Würde ein Exterritorialer irrtümlicherweise vor Gericht gestellt, so müsste das Verfahren eingestellt werden. A. M. John II, 662. Glaser unterscheidet II, 196, ob die Exterritorialität zur Zeit der That vorlag, von den anderen Fällen und behauptet, dieser Umstand schliesse „die Anwendung des Strafgesetzes" für immer aus.

[1]) Von den Konsular-Sachen u. s. w. wird hier abgesehen.

[2]) A, in Berlin wohnhaft, beleidigt den Grossherzog von Hessen in München. Als Parteien im Prozess kämen nach der St.P.O. Preussen oder Bayern, nicht Hessen in Frage.

b) Über die prozessuale Stellung der Vertreter des Staates als Prozesspartei ist weiter unten, besonders bei der Darstellung der Staatsanwaltschaft zu sprechen.

c) Wird der Prozess, wenn auch erst in höherer Instanz, endgültig erledigt, so ist der Staat des Gerichts erster Instanz berechtigt und verpflichtet, die Strafe zu vollstrecken, an ihn fällt die Geldstrafe, er allein kann auf die Strafe verzichten [3]).

II. Dem Staat steht als Partei gegenüber der Beschuldigte. Die St.P.O. spricht scheinbar gleichbedeutend vom Beschuldigten, Angeschuldigten und Angeklagten. Jedoch zeigt § 153 St.P.O., dass der Ausdruck Beschuldigter der weiteste ist und den Angeschuldigten und Angeklagten mit umfasst, sowie, dass dem Worte „Beschuldigter" keine terminologische Bedeutung zukommt. Man kann nur sagen: lediglich „Beschuldigter" ist der Verdächtige in dem Verfahren vor der Anklage, von da bis zur Eröffnung des Hauptverfahrens heisst er „Angeschuldigter", von da bis zur Rechtskraft des Urteils oder sonstigen Beendigung des Prozesses heisst er „Angeklagter". Nach der Rechtskraft des Urteils ist er eventuell der „Verurteilte" [4]).

Der § 155 St.P.O., der erst durch die R. J. K. eingeschoben ist, sollte eine Interpretationsregel sein. Sie ist aber im Gesetz nicht streng durchgeführt.

a) Der Beschuldigte ist Prozesssubjekt [5]) und hat als solches Rechte und Pflichten. Der Beschuldigte muss sich auf den Prozess einlassen. Er kann sich anders als der Beklagte im Civilprozess nicht dem Prozess entziehen und wie jener die Folgen der Nichteinlassung, etwa das Versäumnisurteil, auf sich nehmen. Sein Erscheinen im Prozess wird der Regel nach, wenn er nicht freiwillig kommt, erzwungen und unter Umständen, wenn die Gefahr besteht, er werde sich dem Prozess entziehen, z. B. durch Verhaftung gesichert [6]). Für unentschuldigtes Ausbleiben kennt das Gesetz nicht einmal Strafen. Eine Pflicht zur Aussage besteht für ihn nicht, er

---

[3]) Vgl. auch Binding I, 479 ff.; er hebt hervor, dass bei Verletzungen der dem Reiche zustehenden Steuerrechte die Steuer dem Reiche, die Defraudationssumme dem aburteilenden Einzelstaate gebührt.

[4]) Vgl. Löwe 1 und 2 zu § 155 St.P.O., v. Kries 219, Ullmann 235.

[5]) Nicht ist er lediglich Untersuchungsobjekt, etwa Beweismittel, wie der Zeuge. Dass er das auch ist, ist unbestritten, das schliesst aber seine Prozesssubjektivität nicht aus. Ähnlich ist die Sache auch im Civilprozess. Vgl. noch unten beim Beweis, auch Ullmann 239.

[6]) Vgl. v. Kries 6 und 223, auch § 229 St.P.O. und im einzelnen noch unten.

ist nicht verpflichtet, etwa gar zu seinen Ungunsten zur Aufklärung der Sache thätig zu werden[7]).

b) Sein hauptsächlichstes Recht im Prozess ist die Verteidigung gegen die Anklage, d. h. die Benutzung aller der Hilfsmittel, die ihm das Gesetz zur Abwehr des Anklageangriffs zu Gebote stellt[8]). Diese Verteidigung übt der Beschuldigte selbst aus, ihr dient weiter der neben ihn tretende Verteidiger[9]). Zur Wahrnehmung der Prozessrechte hat der Beschuldigte bezw. sein Verteidiger das Recht der Antragstellung, der Ladung von Zeugen und Sachverständigen, der Fragestellung an die Zeugen und Sachverständigen, das Recht, Rechtsmittel einzulegen u. s. w.[10]).

c) Bei der Regelung der Parteistellung des Beschuldigten ist man im allgemeinen bemüht gewesen, seine Rechte denen des Anklägers möglichst gleich zu bemessen[11]).

III. Auch der Busse verlangende Privat- oder Nebenkläger ist Partei. Wer einen Anspruch auf Busse haben soll, hat das Strafrecht bestimmt[12]). Weder die Strafgesetze noch die Strafprozessgesetze haben das Bussrecht an ein bestimmtes Alter oder an bestimmte geistige Fähigkeiten geknüpft[13]). Der § 443 St.P.O. spricht ohne jede Einschränkung von dem, „der berechtigt ist, . . . eine Busse verlangen“. Daher ist jeder bussberechtigte Mensch im Privat- und Nebenklageverfahren, insoweit es die Busse zum Gegenstande hat, parteifähig. Ob ausser physischen Personen auch juristische Personen im Bussprozess parteifähig sein sollen, hat § 414 St.P.O.[14]) nicht entscheiden wollen. Auch das hat das Strafrecht zu bestimmen. Giebt dies einer Korporation ein Recht auf Busse, so ist auch sie im Bussprozess parteifähig[15]).

---

[7]) Vgl. noch unten z. B. bei der Edition und auch § 136 St.P.O., v. Kries 224.

[8]) Eine Beschränkung dieser Rechte führt unter Umständen zur erfolgreichen Anfechtung des Urteils; § 377 Z. 2, 8 St.P.O., Ullmann 237.

[9]) Über ihn unten § 43 ff.

[10]) Vgl. z. B. §§ 218, 219, 239, 338 St.P.O.

[11]) Über den Grundsatz der Parteiengleichheit schon oben S. 112 und Ullmann 236.

[12]) Nicht nur das St.G.B., sondern auch andere Reichsgesetze. Auch die Landesgesetze können Bussansprüche schaffen; Binding I, 325.

[13]) Eine andere Frage ist, wer als Bussberechtigter persönlich vor Gericht handelnd seinen Anspruch selbst durchsetzen kann, wer die Prozessfähigkeit im Bussprozess hat. Das ist im folgenden § zu besprechen.

[14]) Der § 414 St.P.O. findet auch auf das Bussverfahren Anwendung.

[15]) Vgl. Olshausen 12 u. 13 zu § 185 St.G.B. Dafür, das Korporationen z. B. nach § 15 des Markenschutzgesetzes bussberechtigt sind, spricht die Natur der

IV. Man scheidet von den Parteien wohl noch sog. Nebenparteien[16]) und stellt unter diesen Begriff vor allem den gesetzlichen Vertreter[17]), die Angehörigen des Beschuldigten[18]), sowie die sog. Einziehungs-Interessenten[19]) und die Personen, die für die den Schuldigen treffende Geldstrafe subsidiär haftbar sind[20]). Zu beachten ist dabei, dass die Stellung dieser Personen im Strafprozess eine sehr verschiedenartige ist und dass das Gesetz den Ausdruck „Nebenpartei" nicht kennt.

## § 39.

## Die Prozessfähigkeit.

I. Prozessfähigkeit ist prozessuale Handlungsfähigkeit[1]), die Fähigkeit, Prozesshandlungen rechtswirksam vorzunehmen.

a) Prozessfähigkeit und Parteifähigkeit decken sich nicht. Nicht jeder Parteifähige ist prozessfähig. Für die nicht prozessfähige Partei müssen andere handeln. Soll z. B. im Civilprozess für ein Kind eine Forderung eingeklagt werden, so nimmt für die prozessunfähige Partei ihr gesetzlicher Vertreter die der Partei im Prozess zugewiesenen Handlungen vor[2]). Prozessfähigkeit **der Partei** ist also die Fähigkeit, für den Prozess bedeutsame Handlungen selbst vorzunehmen[3]).

---

Busse, bei der es sich nicht um eine Strafe, sondern um eine, wenn auch im Strafprozess geltend zu machende Entschädigung handelt. Vgl. auch Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung (1887) 147.

[16]) Vgl. v. Kries 224 ff.

[17]) Vgl. über ihn unten und §§ 137, 140, 149, 268 St.P.O.

[18]) Vgl. über ihn unten und §§ 149, 340, 322, 328, 401 St.P.O.

[19]) Vgl. über sie unten und § 478 St.P.O.

[20]) Solche Haftbarkeit wird insbesondere in Zoll- und Steuer-, Feld- und Forstpolizei-Gesetzen häufig angeordnet; vgl. Binding I, 489. Das gerichtliche Verfahren richtet sich, soweit Zoll- und Steuergesetze in Frage stehen, nach § 460 ff. St.P.O. In ihm ist der Haftbare aber grundsätzlich Hauptpartei. Vgl. auch v. Kries 229 und unten.

[1]) Die Begriffe Prozess- und Parteifähigkeit sind scharf auseinander zu halten. Vgl. auch Wach I, 532. C.P.O. § 50 spricht von der Prozessfähigkeit als „Fähigkeit der Partei, vor Gericht zu stehen"; sie giebt lediglich eine Übersetzung der gemeinrechtlichen „persona legitima standi in judicio", und meint nicht das Stehen, sondern das Handeln vor Gericht.

[2]) Vgl. z. B. § 435 C.P.O. Auch die Bestellung eines Prozessvertreters, oder eines Verteidigers ist eine Prozesshandlung und kann nur von dem ausgeübt werden, der Prozessfähigkeit besitzt.

[3]) Bezw. durch einen selbst gewählten, „gewillkürten" Vertreter vornehmen zu lassen. Prozessfähig in diesem Sinne ist im Strafprozess auch die bussberechtigte juristische Person. Vgl. über die Frage nach der Prozessfähigkeit juristischer Personen auch Lothar Seuffert, Bem. 2e zu § 50 C.P.O., der die Prozessfähigkeit bestreitet.

b) Auch die Prozessvertreter und Gehilfen müssen, da sie Prozesshandlungen vorzunehmen haben, prozessual handlungsfähig sein. Das Gesetz enthält eine Reihe ihre Handlungsfähigkeit regelnde Sätze[4]).

II. Auch über die Prozessfähigkeit giebt die St.P.O. keine Auskunft[5]).

a) Die erste Frage ist die nach der prozessualen Handlungsfähigkeit der Parteien.

Die St.P.O. geht davon aus, dass der Beschuldigte persönlich vor Gericht erscheinen müsse[6]). Der Verteidiger hat grundsätzlich nur neben dem Beschuldigten zu handeln, er ist nicht etwa immer Prozessvertreter[7]). Ebensowenig vermag regelmässig der gesetzliche Vertreter das eigene Handeln des Beschuldigten zu ersetzen. Die Prozessfähigkeit des Beschuldigten konnte deshalb nicht an ein bestimmtes Alter und bestimmte Fähigkeiten geknüpft werden[8]). Vielmehr ist jeder Beschuldigte rechtlich befähigt, die vom Gesetz ihm zugewiesenen Prozesshandlungen selbst vorzunehmen[9]). Nicht ohne weiteres ist der rechtlich Prozessfähige aber auch thatsächlich fähig zur Vornahme von Prozesshandlungen. Da man z. B. mit einem Geisteskranken nicht verhandeln kann, muss nach § 203 St.P.O. der Prozess bis zur Hebung des Hindernisses stillstehen[10]).

---

[4]) Vgl. Einzelheiten gleich unten. Man pflegt regelmässig die prozessuale Handlungsfähigkeit der Partei von der der Vertreter u. s. w. zu trennen. Nur die erste wird in der Wissenschaft regelmässig als Prozessfähigkeit bezeichnet. So auch C.P.O. § 50 (in der neuen Redaktion § 51), der von der Fähigkeit der Partei spricht. Vgl. dazu Wach I, 537 Anm. 5, Planck I, 214. Fasst man dagegen die prozessuale Handlungsfähigkeit für alle zum Handeln Berufenen in einer Begriffsbestimmung zusammen, so würde man zu sagen haben: Prozessuale Handlungsfähigkeit ist die Fähigkeit, für sich oder Andere selbst oder durch einen gewählten Vertreter prozessual wirksam zu handeln.

[5]) Auch in § 55 St.G.B. ist keine die Prozessfähigkeit behandelnde Regel zu sehen; a. M. v. Kries 221. Mit Ausnahme des Lehrbuchs von v. Kries 221 geben die Darstellungen des Prozessrechts über die Begriffe der Partei- und Prozessfähigkeit keine Auskunft. Vgl. auch kurz Ullmann 262. Unklar Glaser II, 196 ff. Im § 414 Abs. 3 St.P.O. wird eine auf die prozessuale Handlungsfähigkeit der zur Privatklage Berechtigten bezügliche Bestimmung gegeben; über sie unten.

[6]) Ausnahmen unten; vgl. auch z. B. §§ 232, 318 St.P.O.

[7]) Über die Stellung des Verteidigers unten.

[8]) So auch R. VII, 377. Löwe 3a zum 11. Abschn. der St.P.O. I. Buch.

[9]) Aus § 140 St.P.O. ergiebt sich, dass z. B. der unter Vormundschaft stehende Beschuldigte, ohne Rücksicht auf sein Alter sich selbst einen Verteidiger wählen, also eine Prozesshandlung vornehmen kann. Vgl. auch R. I, 650.

[10]) Vgl. auch v. Kries 222, Ullmann 262. Zwei Fälle sind auseinander zu halten: War der Angeschuldigte zur Zeit der That krank, so muss er, unter Anklage gestellt, freigesprochen werden, es fehlt an einer Bedingung der Strafbarkeit. War er zur Zeit der That gesund, ist er aber zur Zeit des Prozesses krank, so ist

b) Aus § 414 St.P.O. in Verbindung mit § 435 St.P.O. ergiebt sich, dass der Nebenkläger, der einen gesetzlichen Vertreter hat, nicht prozessfähig ist. Er kann also seinen Bussanspruch nicht selbst vor Gericht durchsetzen; für ihn handelt sein gesetzlicher Vertreter[11]).

III. a) Auf klägerischer Seite ist, den Bussprozess ausgenommen, Partei der Staat. Wer ihn vertreten soll, bestimmt das Gesetz. Die Prozessfähigkeit kommt dem Staat also ebenso zu wie im Civilprozess der juristischen Person[12]). Nach der St.P.O. vertritt den Staat regelmässig die Staatsanwaltschaft, aber auch nach § 459 St.P.O. die Verwaltungsbehörde, nach § 414 St.P.O. der Privatkläger, oder nach § 435 St.P.O. der Nebenkläger[13]).

b) Da jeder Beschuldigte prozessfähig ist, kann er sich nicht nur nach § 137 St.P.O. seinen Verteidiger wählen, sondern auch nach § 427 St.P.O. seinen Beistand bezw. Vertreter aussuchen[14]).

c) Dem Nebenkläger als Partei kommt eine Wahlbefugnis nur dann zu, wenn er prozessfähig ist. Ist das nicht der Fall, so wählt für ihn der gesetzliche Vertreter[15]).

d) Wer befähigt ist, als Staatsanwalt, Privatkläger, Nebenkläger u. s. w. für den Staat zu handeln, bestimmt das Gesetz[16]).

---

Strafbarkeit der That vorhanden, es kann aber wegen Fehlens einer prozessualen Voraussetzung zur Zeit nicht verhandelt werden. E. I, 149 ff. hat den dritten möglichen Fall im Auge, dass der Thäter zur Zeit der That und zur Zeit des Prozesses geisteskrank war. Kommt das zu Tage vor Eröffnung des Hauptverfahrens (§ 201 St.P.O.), so wird das Verfahren durch Einstellungsbeschluss (§ 202 St P.O.) beendet. Ist das Hauptverfahren einmal eröffnet und stellt sich der Fehler nun heraus, ist weiter die Geisteskrankheit eine derartige, dass nicht verhandelt werden kann, so muss das Verfahren, da eine Möglichkeit, es aus der Welt zu schaffen, nicht vorhanden ist, bis auf Weiteres ausgesetzt werden. Ist der Beschuldigte fähig zum Verhandeln geworden, so wird in die Hauptverhandlung eingetreten und der Beschuldigte freigesprochen. Auch schwere sonstige Krankheit, Taubstummheit, bei Unmöglichkeit, sich mit den Beschuldigten zu verständigen, schliesst die Prozessfähigkeit thatsächlich aus. Vgl. noch unten.

[11]) Vgl. über den gesetzlichen Vertreter unten § 49. Wenn also z. B. der Vater des durch einen Steinwurf verletzten Kindes eine Busse fordert, so ist er nicht Partei, sondern Parteivertreter. Er macht einen Anspruch des Kindes geltend. Die Busssumme kommt in das Eigentum des Kindes, nicht in das des Vaters.

[12]) Über die Frage der Prozessfähigkeit juristischer Personen herrscht im Civilprozess Streit; vgl. oben Anm. 3 und v. Kries 187.

[13]) v. Kries 187 scheidet von den Hauptparteien die „Nebenparteien“, d. h. die Personen, die „kraft eignen Rechts prozessuale Handlungen zu dem Zwecke vornehmen, um der einen Partei zum Siege zu verhelfen“. In der Darstellung oben ist dieser Begriff, den die St.P.O. nicht kennt, absichtlich vermieden. Der C.P.O. ist der Begriff Hauptpartei bekannt.

[14]) Über das selbständige Wahlrecht des gesetzlichen Vertreters vgl. § 137 Abs. 2 St.P.O. Auch zur selbständigen Wahl eines Beistandes nach § 427 ist er berechtigt.

[15]) Z. B. der Rechtsanwalt, der den Bussanspruch geltend machen soll.

[16]) Reichs- oder Landesgesetze kommen in Frage. Die Fähigkeit zum Auftreten bestimmt die Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878, auf deren Bestimmungen hier nicht näher einzugehen ist. Vgl. darüber die Lehrbücher des Civilprozesses und noch unten die folgenden §§. Über die Prozessfähigkeit des Privatklägers unten bei dem Privatklageverfahren.



## Zweites Kapitel.

## Die Vertreter und Gehülfen der Parteien.

### A. Die Staatsanwaltschaft und ihre Gehülfen.

### § 40.

### Die Stellung und Verfassung der Staatsanwaltschaft. Befähigung und Berufung zum Amte.

I. a) Die Staatsanwaltschaft ist im Strafprozess nach § 152 St.P.O. die zur Wahrnehmung der staatlichen Interessen[1]) berufene Behörde. Sie hat die öffentliche (staatliche) Klage vor den ordentlichen Strafgerichten zu erheben[2]). Um das zu können, ist sie nach §§ 158, 159 St.P.O. auch berufen, für die Ermittelungen begangener strafbarer Handlungen zu sorgen. Die von ihr erhobene Anklage hat sie im Strafprozess zu vertreten[3]).

b) Damit sind die Aufgaben der Staatsanwaltschaft in Strafsachen noch nicht erschöpft. Der § 36 St.P.O. weist ihr die Zustellungen von Ladungen und Entscheidungen zu, § 213 die Herbeischaffung der als Beweismittel erforderlichen Gegenstände. Sie hat weiter nach § 483 St.P.O. die Strafvollstreckung und nach §§ 52, 53, 56, 91, 96 St.P.O. eine Anzahl weiterer Strafjustizverwaltungsgeschäfte[4]). Die Staatsanwaltschaft[5]) ist keine richterliche Behörde[6]), sondern eine Behörde der Justizverwaltung. Die Justizverwaltung im Reich ist nur in reichsrechtlich genau bestimmtem Umfange Sache des Reichs, im übrigen ist sie den Bundesstaaten verblieben. Die Staatsanwaltschaften sind daher teils bundesstaatliche, teils Reichs-

---

[1]) Den Bussanspruch hat sie weder geltend zu machen, noch ihn irgendwie zu vertreten.

[2]) Laband II, 406 ff. Die Thätigkeit der Staatsanwaltschaft im Civilprozess, z. B. nach § 569 C.P.O., interessiert hier nicht, ebensowenig ihre Thätigkeit auf anderen Gebieten der Gerichtsbarkeit, mag sie vor den ordentlichen oder besonderen Gerichten stattfinden. Die Bestimmungen über die Verfassungen der Staatsanwaltschaft haben, da sie für beide Prozesse von Bedeutung sind, nicht in der St.P.O., sondern zwecks einheitlicher und einmaliger Regelung ihren Platz im G.V.G. gefunden. Weitere Geschäfte der Staatsanwaltschaft, die mit ihrer Parteistellung nichts zu thun haben, vgl. z. B. in §§ 52, 53, 56, 91, 96 G.V.G. Über die Parteistellung schon oben S. 110—112 und v. Kries 191 f.

[3]) Vgl. v. Kries 191, Ullmann 232, Löwe 2a zu § 152 St.P.O.

[4]) Vgl. noch §§ 207, 362, 387 und näheres unten.

[5]) In das deutsche Prozessrecht hat die Staatsanwaltschaft (Ministère public) aus dem französischen Code d'instruction criminelle von 1808 Eingang gefunden. Vgl. John II, 124, auch v. Kries 55, Ullmann 222 f., letzteren besonders über die Aufnahme der Staatsanwaltschaft in den einzelnen deutschen Staaten.

[6]) Zur Entscheidung von Strafsachen ist sie nie berufen.

behörden[7]). Die beim Reichsgericht bestehende Reichsanwaltschaft ist eine Reichsverwaltungsbehörde, die übrigen Staatsanwaltschaften sind solche der Bundesstaaten.

c) Während die Stellung des Richters durch den § 6 ff. G.V.G. mit einer Reihe von Garantieen umgeben ist, die ihm seine Unabhängigkeit sichern sollen, hat das Reichsrecht sie für den Verwaltungsbeamten, den Staatsanwalt, nicht geschaffen. Für die Reichsanwälte ist durch § 150 Abs. 2 G.V.G. das Gegenteil vom § 8 G.V.G. ausdrücklich bestimmt und landesrechtlich wird für die übrigen Staatsanwälte ähnliches angeordnet. Auch darin unterscheidet sich die Stellung des Staatsanwalts von der des Richters, dass er nach § 147 G.V.G. den dienstlichen Anweisungen seiner Vorgesetzten und nicht wie der Richter nach § 1 G.V.G. lediglich dem Gesetz unterworfen ist. Mit dieser „abhängigen und wenig gesicherten dienstlichen Stellung" hängt das Verbot des § 152 G.V.G. zusammen[8]).

d) Der § 151 G.V.G. geht davon aus, dass die Staatsanwaltschaften neben den Gerichten als von ihnen unabhängige, gleichgeordnete Behörden stehen. In bestimmter Richtung ist der Grundsatz jedoch durch § 170 St.P.O. durchbrochen[9]).

e) Nach dem Sprachgebrauch des Gesetzes umfasst das Wort „Staatsanwaltschaft" einmal die Gesamtheit der staatsanwaltschaftlichen Beamten eines Bundesstaates[10]), aber auch die einzelne staatsanwaltschaftliche Behörde bei einem bestimmten Gerichte[11]).

II. Die Verteilung der zu erledigenden Strafsachen auf die einzelnen Gerichte erster Instanz macht es erforderlich, dass für die Erhebung der Anklage bei jedem dieser Gerichte Vorsorge getroffen wird. Die Staatsanwaltschaft hat aber auch für die Durchführung des Strafverfahrens in den höheren Instanzen zu sorgen. Deshalb muss auch bei ihnen, z. B. auch beim Oberlandesgericht, für die Vertretung des Staates gesorgt werden. Dem entspricht es, dass nach

---

[7]) Ähnlich wie die Gerichte; vgl. oben S. 31 ff., auch Laband II, 406. Über die staatsrechtliche Stellung der reichsländischen Staatsanwaltschaften vgl. John II, 5, 22, 23 Anm. 9.

[8]) Laband II, 409 und noch Hauck zu § 152 G.V.G., Ullmann 222, 224.

[9]) Vgl. unten bei der Anklageerhebung.

[10]) Z. B. die preussische, hessische Staatsanwaltschaft.

[11]) Z. B. die Staatsanwaltschaft beim Landgericht Breslau, vgl. auch John II, 1 bis 5.

§ 142 G.V.G. bei jedem ordentlichen ständigen[12]) Gerichte eine Staatsanwaltschaft bestehen soll[13]).

III. a) Die äussere Verfassung ist vom G.V.G. einigermassen erschöpfend nur für die Staatsanwaltschaft beim Reichsgericht geregelt; für die andern Staatsanwaltschaften sind nur Umrisse gegeben, deren Ausfüllung den Bundesstaaten überlassen wurde. Die Grundzüge der Verfassung finden sich in § 143 G.V.G. Nach ihm ergeben sich drei Gruppen staatsanwaltschaftlicher Beamten, die Reichsanwälte, Staatsanwälte[14]) und Amtsanwälte.

b) Ausdrücklich erklärt § 145 G.V.G., dass trotz der Mehrzahl der Staatsanwälte bei einem Gerichte, die Staatsanwaltschaft nicht etwa eine Behörde mit kollegialer Verfassung wird[15]); Träger des Amtes ist nur der erste Beamte.

IV. a) Das G.V.G. überlässt es zum grossen Teil dem Landesrecht, zu bestimmen, wer zum staatsanwaltschaftlichen Amte fähig sein soll. Doch hat das Reichsrecht in § 149 Abs. 2 G.V.G. angeordnet, dass zum Amte des Staatsanwalts[16]) fähig nur der zum Richteramte fähige ist[17]).

---

[12]) Die Staatsanwaltschaft des Amtsgerichts ist beim Schöffengericht, die des Landgerichts beim Schwurgericht thätig; vgl. auch § 143[3] G.V.G.

[13]) Nicht „muss“; vgl. auch Laband II. 407. Es muss dafür gesorgt werden, dass Anklageerhebung bezw. Anklagedurchführung an jedem Gericht stattfinden kann. Ob bei jedem Gericht eine besondere Staatsanwaltschaft eingesetzt wird, oder ob z. B. die Geschäfte der Staatsanwaltschaft bei mehreren Gerichten von derselben Staatsanwaltschaft versehen werden, das zu bestimmen ist Sache der Bundesstaaten. Vgl. z. B. Pr. A.G. z. G.V.G. § 63.

[14]) Wo das Gesetz den „Staatsanwalt“ nennt, ist der Amtsanwalt nicht mit einbegriffen, dagegen umfasst ihn das Wort „Staatsanwaltschaft“, wo nicht nach Lage der Sache sich das Gegenteil ergiebt, mit. Vgl. Löwe 4 zum 10. Tit. G.V.G. Ungenau z. B. § 105 St.P.O., der die „Staatsanwaltschaft“ nennt, während nach § 153 G.V.G. der Amtsanwalt gar nicht in Frage kommen kann, vgl. unten. Der Diensttitel der Staatsanwälte ist reichsrechtlich nur bezüglich der Reichsanwälte bestimmt, sonst ist das Landesrecht massgebend. Generalstaatsanwalt, Oberstaatsanwalt etc. sind auf Landesrecht beruhende Bezeichnungen.

[15]) Vgl. § 145 G.V.G.; v. Kries 198. Die übrigen Beamten handeln als seine Vertreter. Ihre Handlungen gelten als Handlungen des ersten Beamten; Löwe 2 und 3 zu § 145 G.V.G. Auf die Stellung mehrerer bei einem Gericht vorhandener Amtsanwälte soll sich § 145 G.V.G. nicht beziehen. Nach den Mot. soll es der Landesgesetzgebung überlassen bleiben, die Einzelnen von einander unabhängig zu stellen oder „die Einheitlichkeit der Behörde durchzuführen“. Löwe 4 zu § 143 G.V.G. und noch Laband II, 409. Auch in § 145 G.V.G. zeigt sich der Grundsatz der Einheitlichkeit; vgl. gleich unten.

[16]) Vgl. dazu Anm. 14.

[17]) Vgl. oben § 16 II 1. Bezüglich der Amtsanwälte vgl. Preuss. A.G. z. G.V.G. § 62 ff., Bayr. A.G. Art. 54, 55, Hess. A.G. Art. 25. Über den Amtsanwalt schweigt das G.V.G. Für ihn ist Fähigkeit zum Richteramt reichsrechtlich also nicht Erfordernis. Das Amt wird in Preussen z. B. meist von Gemeindebeamten oder Polizei-

b) Die Anstellung des Oberreichsanwalts und der Reichsanwälte erfolgt nach § 150 G.V.G. durch den Kaiser auf Vorschlag des Bundesrats. Im übrigen gilt Landesrecht. Die staatsrechtliche Stellung der staatsanwaltschaftlichen Beamten wird reichsrechtlich nur für den Oberreichsanwalt und die Reichsanwälte festgesetzt. Der § 149 Abs. 1 G.V.G. nennt sie, ohne positiv zu sagen, was sie sind, nicht-richterliche Beamte. Das will sagen, dass der zum Reichsanwalt ernannte bisherige Richter für die Dauer dieses Amtes aufhört, Richter zu sein; dass also Reichsanwalt nicht ein mit Wahrnehmung des Amtes beauftragter Richter sein kann. Dagegen ist den Bundesstaaten freigestellt, die Staatsanwaltstellen entweder mit ständigen Berufsstaatsanwälten zu besetzen oder Richter mit Versehung des Amtes auf Zeit beauftragen[18]).

Für die Berufs-Staatsanwälte gilt der Grundsatz der Unabsetzbarkeit nicht. Das bestimmt für die Reichsanwälte § 152 Abs. 2 G.V.G. Im übrigen gilt Landesrecht[19]).

## § 41.

## Die Einheitlichkeit der Staatsanwaltschaft und ihre Zuständigkeit.

I. a) Schon aus der Thatsache, dass neben der Reichsanwaltschaft, die eine Reichsbehörde ist, die Staatsanwaltschaften der einzelnen Bundesstaaten bestehen, ergiebt sich, dass nicht sämtliche Staatsanwaltschaften Deutschlands eine einheitliche Behörde mit einheitlicher Spitze sind. Der Oberreichsanwalt ist nicht etwa Vorgesetzter

---

beamten versehen. Anders in einigen grossen Städten. Vgl. auch v. Kries 194. Bezüglich der Bureaubeamten und Unterbeamten der Staatsanwaltschaft enthält das Reichsrecht keine Bestimmung. Sie gehören nicht zu den „Ämtern der Staatsanwaltschaft" im Sinne des § 149 G.V.G. Sätze über Ausschliessung und Ablehnung staatsanwaltschaftlicher Beamten kennt das G.V.G. nicht. Sie passen auch auf die Stellung der Staatsanwaltschaft als Parteivertreterin nicht. Vgl. übrigens noch v. Kries 196.

[18]) Beide Systeme sind im Reich vertreten. Ständige Beamte hat z. B. Preussen, Bayern u. s. w. Mit dem Amt beauftragte Richter hat dagegen z. B. Oldenburg. Vgl. näheres bei John II, 51, v. Kries 195, Laband II, 409. In einigen Staaten ist nicht-richterlicher Beamter allein der Oberstaatsanwalt, d. h. der I. Staatsanwalt beim Oberlandesgericht, während die übrigen Staatsanwälte „Richter sind, die ihr Amt kraft eines jeder Zeit widerruflichen Auftrages ausüben". „Sie stehen auf dem Besoldungsetat der Richter, erhalten jedoch für die Dauer ihrer Geschäftsführung eine Funktionszulage." Vgl. für Preussen noch A.G. z. G.V.G §§ 66, 67.

[19]) In Preussen gilt ähnliches wie in § 150 Abs. 2 G.V.G. Wird dagegen z. B. in Oldenburg ein mit dem Amt beauftragter Richter des Amts enthoben, so tritt er wieder in die Richterstellung zurück — als Richter ist er unabsetzbar —, aber nicht ohne weiteres in seine alte Stellung, sondern bei einem „ihm anzuweisenden Gericht."



sämtlicher deutschen Staatsanwälte. Der Grundsatz der „Einheitlichkeit und Unteilbarkeit" des französischen Rechts[1]) ist für das Reich nicht vorhanden. Dagegen bilden die Staatsanwaltschaften der einzelnen Bundesstaaten grosse, einheitlich organisierte, selbständig nebeneinanderstehende Behörden, deren Spitzen die obersten Justizverwaltungsstellen der Einzelstaaten sind. Die Reichsanwaltschaft steht neben, nicht über den Staatsanwaltschaften der einzelnen Bundesstaaten[2]). Die Staatsanwaltschaften beim einzelnen Gericht sind staatsrechtlich nur „Stationen" der Staatsanwaltschaft des Staates selbst[3]).

b) Dem Grundgedanken der Einheitlichkeit und Unteilbarkeit entspricht das vom § 146 G.V.G. behandelte sogen. Devolutions- und Substitutionsrecht der **ersten Beamten** der Staatsanwaltschaften bei den Oberlandesgerichten und Landgerichten Sie haben das Recht, in jedem Prozessstadium, auch noch in höherer Instanz bei allen Gerichten ihres Sprengels die Amtsverrichtungen der Staatsanwaltschaft jederzeit selbst vorzunehmen[4]), aber auch mit ihrer Wahrnehmung irgend einen andern als den „zunächst zuständigen Beamten" zu beauftragen[5]), zu substituieren. Dies Recht wird durch § 146 Abs. 2 G.V.G. eingeschränkt; ein Amtsanwalt kann nur einem Amtsanwalt, nicht einem Staatsanwalt substituiert werden[6]).

---

[1]) „Le ministère public est un et indivisible". Schon vor dem G.V.G. war der Grundsatz in einzelnen deutschen Staaten angenommen. Vgl. auch Löwe 1 zu § 143 G.V.G., v. Kries 197, Ullmann 227.

[2]) Davon machen nur §§ 144 Abs. 3 und 147 Abs. 2 G.V.G. Ausnahmen. Über die Fälle, in denen ein Gerichtsbezirk Gebiete verschiedener Bundesstaaten umfasst, Laband II, 414.

[3]) Vgl. Laband II, 408 und 411. Diese staatsanwaltschaftlichen „Stationen" der einzelnen Gerichtsbezirke stehen als selbständige Behörden, jede mit ihrem eigenen Geschäftskreis nebeneinander. Bezüglich der Frage der Rechtshülfe der einzelnen Staatsanwaltschaften untereinander John II, 23 ff. Dass die Staatsanwaltschaften desselben Bundesstaates sie einander zu leisten haben ist zwar nicht ausdrücklich bestimmt, aber wohl selbstverständlich. Im übrigen vgl. John II, 1 ff., Löwe 1 f. zu § 143 G.V.G., Ullmann 226.

[4]) Vgl. dazu Laband II, 410, der darauf hinweist, dass der Satz, niemand dürfe seinem gesetzlichen Richter entzogen werden, nicht auf die Staatsanwaltschaft Anwendung findet. Der 1. Staatsanwalt am Oberlandesgericht kann z. B. in der Hauptverhandlung bei jedem Gericht seines Sprengels selbst auftreten. Er kann insbesondere auch Rechtsmittel ergreifen und zurücknehmen.

[5]) Z. B. der Oberstaatsanwalt beim Oberlandesgericht weist den ihm unterstellten Staatsanwalt an, an Stelle des „zunächst zuständigen" Staatsanwalts in einer Strafkammersitzung aufzutreten. Auf die Reichsanwaltschaft findet § 146 G.V.G. keine Anwendung. Die Substitution muss eventuell dem Gericht nachgewiesen werden; Löwe 8 zu § 146 G.V.G. Vgl. auch E. XVI, 180, R. IX, 407.

[6]) Man ist davon ausgegangen, dass die Amtsanwälte vielfach juristische Bildung nicht besitzen. Der Satz gilt aber auch dann, wenn der Amtsanwalt, etwa ein Assessor, die Fähigkeit zum Richteramte hat. Anders natürlich, wenn etwa ein Staatsanwalt

c) Die §§ 147 und 148 G.V.G. bestimmen zunächst, dass die staatsanwaltschaftlichen Beamten nicht wie der Richter allein dem Gesetz unterworfen sind, sondern auch den dienstlichen Anweisungen ihrer Vorgesetzten nachzukommen haben. Der § 148, Abs. 2 G.V.G. bestimmt, wem das Aufsichts- und Leitungsrecht, in dem das Anweisungsrecht mit inbegriffen ist, zusteht[7]). Die dienstliche Anweisung kann eine allgemeine sein, oder sich auf einen einzelnen Fall beziehen[8]). Diese Anweisung[9]) ist eine rein innere Angelegenheit der Staatsanwaltschaft. Ungehorsam des Angewiesenen macht diesen nur seinem Vorgesetzten, nicht dem Gericht verantwortlich. Das Gericht kann nicht etwa den Nachweis verlangen, dass der auftretende Staatsanwalt anweisungsgemäss handelt.

Das Anweisungsrecht und das in § 148 G.V.G. genannte Aufsichts- und Leitungsrecht decken sich im wesentlichen; die Aufsicht umfasst auch die Disziplin. Welche Befugnisse der Aufsichtsberechtigte haben soll, hat das G.V.G. nicht bestimmt[10]). Nicht jeder Anweisungsberechtigte hat auch ein Aufsichtsrecht[11]).

---

des Landgerichts mit den Geschäften des Amtsanwalts betraut ist. Das Substitutionsrecht besteht für sämtliche Beamte des Bezirks, auch wenn er Gebietsteile und Staatsanwaltschaften verschiedener Bundesstaaten umfasst; R. VIII, 369, John II, 25 Anm. 12.

[7]) Vgl. dazu noch §§ 145 und 147 Abs. 2 G.V.G. Der Oberreichsanwalt ist grundsätzlich nicht der Vorgesetzte der bundesstaatlichen Staatsanwaltschaften. Nur im Falle des § 147 Abs. 2 G.V.G. wird davon abgewichen. Zuständig ist das Reichsgericht nicht nur für die in § 136 Abs. 1 G.V.G. genannten Sachen, sondern auch für die mit ihnen im Zuhammenhang stehenden; § 2 St.P.O. Die Anweisung des Oberreichsanwalts geht in diesen Sachen der der anderen Vorgesetzten des Angewiesenen vor. Das ist zwar nicht direkt ausgesprochen, der Satz des § 147 Abs. 2 G.V.G. ist aber als „lex specialis“ dem § 147 G.V.G. gegenüber zwingend. Die Anweisung des Oberreichsanwalts ist auch massgebend, wenn es sich um die Frage handelt, ob eine Sache vor das Reichsgericht gehört oder nicht. Vgl. noch John II, 16 ff., — Anweisungs- und Devolutionsrecht fallen nicht zusammen. Der Justizminister kann z. B. anweisen, aber nicht selbst auftreten; Löwe 6 zu § 147 G.V.G. Das Anweisungsrecht bezieht sich auch auf die Strafvollstreckung. Über die Stellung des strafvollstreckenden Amtsrichters (§ 483 Abs. 3 St.P.O.) unten.

[8]) Es kann z. B. nach der herrschenden, in ihren Konsequenzen bedenklichen Ansicht der Staatsanwaltschaft in bestimmten Fällen, die strenggenommen unter § 181 Abs. 2 St.G.B. fallen, die Anklageerhebung ganz allgemein untersagt werden, es kann im Einzelfall die Einlegung eines Rechtsmittels aufgegeben werden u. s. w. Vgl. auch Löwe 3 und 4 zu § 147 G.V.G. und 8 zu § 152 St.P.O. Das G.V.G. schafft dies Subordinationsverhältnis unbedingt. Streng genommen müsste danach der Untergebene selbst dann gehorchen, wenn er die Anweisung des Vorgesetzten als rechtswidrig ansieht. Es ginge die Gehorsamspflicht dann sogar weiter als die des § 47 M.St.G.B. Vgl. noch Laband II, 409.

[9]) Das Aufsichtsrecht über die Unterbeamten u. s. w. wird von dem G.V.G. nicht berührt.

[10]) Darüber giebt das Reichs- bezw. Landesbeamtenrecht Auskunft: Löwe 5 zu § 148 G.V.G. Die Frage der Beschwerde an die obere Staatsanwaltschaft ist vom Gesetz nicht geregelt; Löwe 2 zu § 148 G.V.G.

[11]) A. M. anscheinend Löwe 4 zu § 148 G.V.G; auch John I, 28. Der Ober-

II. Grundsätzlich bestimmt sich die sachliche und örtliche Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft nach der des **erkennenden** Gerichts erster oder höherer Instanz, bei dem sie eingesetzt ist[12]).

a) Aus § 143 Abs. 2 G.V.G. ergiebt sich zunächst, dass der Amtsanwalt sachlich nur für die Sachen zuständig ist, die vor die Schöffengerichte gehören[13]). Die Zuständigkeit für die Land- und Schwurgerichtssachen hat die landgerichtliche Staatsanwaltschaft. Sie bereitet in ihnen die Anklage vor[14]) u. s. w. Die Staatsanwaltschaft beim Oberlandesgericht ist vor allem für die oberlandesgerichtlichen Revisionssachen[15]), die Reichsanwaltschaft für die vor das Reichsgericht kommenden Prozesse[16]) zuständig.

b) Auch die örtliche Zuständigkeit wird durch § 144 Abs. 1 G.V.G. nach der des Gerichts bemessen, bei dem die sachlich zuständige Staatsanwaltschaft bestellt ist[17]). Aus Zweckmässigkeitsgründen hat § 144 Abs. 2 G.V.G. bei „Gefahr im Verzuge"[17]) dem zwar sachlich, aber nicht örtlich zuständigen Beamten die Vornahme von Amtshandlungen gestattet[18]). Da § 144 die sachliche Zuständigkeit als vorhanden voraussetzt, kann der Amtsanwalt auch nach § 144 Abs. 2 nur in Schöffensachen thätig werden[19]).

---

reichsanwalt hat z. B. nach § 147 Abs. 2 G.V.G. ein Anweisungs-, aber nicht auch ein Aufsichtsrecht über die betreffenden Beamten. Hat der Oberreichsanwalt z. B. Grund, sich über einen angewiesenen landgerichtlichen Staatsanwalt zu beschweren, so muss er sich an dessen Vorgesetzten wenden, der der Beschwerde abhilft; ihm selbst steht die Disziplin nicht zu.

[12]) So auch die Motive; Löwe 5 zu § 143 G.V.G., Laband II, 407. Über das Amtsgericht als Strafsachen vorbereitendes Gericht oben S. 75. In diesen Sachen fehlt dem Amtsanwalt die Zuständigkeit.

[13]) Die von § 75 G.V.G. genannten Sachen gehören erst dann zu den Schöffensachen, wenn ihre Überweisung an das Schöffengericht erfolgt ist. Vor der Überweisung gehören sie zur Zuständigkeit der Strafkammer, sind also der Thätigkeit des Amtsanwalts entzogen; ihm steht also in ihnen z. B. die Anklageerhebung nicht zu; Löwe 6 zu § 143 G.V.G. Die Auffassung der Motive, es könne in einzelnen Terminen vor dem Amtsrichter (§§ 160, 164, 183 St.P.O.) der Amtsanwalt im Auftrage z. B. des vorgesetzten landgerichtlichen Staatsanwalts auch in landgerichtlichen Sachen thätig werden, ist im Gesetz nicht zum Ausdruck gekommen; Löwe 7 zu § 13 G.V.G.

[14]) Vgl. § 156 ff. St.P.O. Über die Mängel des § 143 G.V.G. v. Kries 198.

[15]) Vgl. auch § 170 St.P.O.

[16]) Vgl. dazu die Kritik von v. Kries 199.

[17]) Ob sie vorliegt, d. h. ob ein Angehen des zuständigen Staatsanwalts wegen der Verzögerung schaden kann, hat der handelnde Staatsanwalt selbst zu prüfen.

[18]) Welcher Art die Handlungen sind, ist gleichgültig. Man denke an den Antrag auf Erlass eines Haftbefehls, Anstellung von Ermittelungen u. s. w.

[19]) Wenn er beim Gericht einen Antrag stellt, so muss dasselbe also prüfen, ob der Antrag sich auf eine Schöffensache bezieht. — Der Beamte beim Oberlandesgericht kann bei Gefahr im Verzuge in landgerichtlichen Sachen, der landgerichtliche Staatsanwalt in Reichsgerichtssachen, der hessische Staatsanwalt in vor preussische Gerichte gehörigen Sachen thätig werden.

III. a) Der Zuständigkeitsstreite zwischen mehreren Staatsanwaltschaften brauchte der § 144 Abs. 3 G.V.G. nur für den Fall zu gedenken, dass es sich um Staatsanwaltschaften verschiedener Bundesstaaten handelt[20]. Sofern ein „gemeinsam vorgesetzter Beamter der Staatsanwaltschaft“ nicht vorhanden ist[21]), hat nach § 144 Abs. 3 G.V.G. der Oberreichsanwalt zu entscheiden.

b) Nicht geregelt ist vom G.V.G. die Frage, inwieweit sich die Staatsanwaltschaften unter einander Rechtshülfe zu leisten haben, und inwieweit die ordentlichen Gerichte ihnen zur Rechtshülfe verpflichtet sind. Dass die Sätze des § 157 ff. nicht entsprechend ausgedehnt werden dürfen, ist sicher[22]).

## § 42.

## Die Gehülfen der Staatsanwaltschaft.

I. a) Die Staatsanwaltschaft bedarf, um ihre Anklagepflicht erfüllen zu können, der Unterstützung. Ihr hauptsächlichster Gehülfe, der ihr durch Anzeigen Kenntnis von der Begehung strafbarer Handlungen giebt und sich an den Ermittelungen, die der Anklage vorhergehen, besonders beteiligt, ist die Polizei. Das war sie auch schon vor dem G.V.G. und der St.P.O. Diese Gesetze haben jedoch für eine Reihe von Bundesstaaten manches Neue geschaffen. Muster war auch hier das französische Recht, das bestimmte Polizeibehörden so mit der Staatsanwaltschaft verbindet, dass sie deren Untergebenen werden. Es kennt eine „police judiciaire“, eine kriminalgerichtliche[1]) Polizei.

b) Der Sache nach folgt dem der § 153 Abs. 2 G.V.G. Er spricht von Polizeibeamten, die als „Hülfsbeamte der Staatsanwaltschaft“ den Anordnungen bestimmter staatsanwaltschaftlicher Beamten zu folgen verpflichtet sind. Die nähere Bestimmung dieser Hülfsbeamten überlässt das G.V.G. dem Landesrecht[2]).

[20]) Streitigkeiten zwischen Staatsanwaltschaften desselben Bundesstaates sind durch §§ 147, 148 G.V.G. leicht zu erledigen. Unter den mehreren Beamten einer Staatsanwaltschaft ist nach § 145 G.V.G. Streit unmöglich.

[21]) Ein solcher ist durch die Staatsverträge, die bez. gemeinschaftlicher Gerichte mehrerer Bundesstaaten geschlossen sind, meist bestimmt. Vgl. über solche Verträge schon oben S. 32 Anm. 6 und Löwe 5 zu § 144 G.V.G. Praktische Ausführungen bei Löwe 7 und 8 zu § 144 G.V.G.

[22]) Der von der Staatsanwaltschaft ersuchte Richter hat jedenfalls stets zu prüfen, ob die von ihm verlangte Handlung gesetzlich im gegebenen Fall zulässig ist. Eine unbedingte Rechtshülfepflicht der Staatsanwaltschaften unter einander ist schon deshalb nicht möglich, weil sie mit dem Grundsatz der Einheitlichkeit nicht zu vereinbaren ist, und insbesondere nicht mit dem Anweisungsrecht der Vorgesetzten; vgl. Laband II, 412.

[1]) Sie untersteht ausser den Generalprokuratoren auch den Appellgerichten. Den Gegensatz zur „police judiciaire“ bildet die „police municipale“ oder „administrative“.

[2]) Es bestimmt auch die Befugnisse des Vorgesetzten dem Untergebenen gegenüber. Für Preussen Löwe 3 zu § 153 G.V.G. und für Bayern Hauck 275. Nicht alle Polizeibehörden sind also Untergebene, wie Laband II, 413 zu meinen scheint.



c) Dagegen bestimmt das G.V.G., wem ein Anordnungsrecht diesen Beamten gegenüber zukommt[3]). Nach § 153 Abs. 1 sind es nicht nur die „ersten Beamten", sondern „die Staatsanwälte" beim Landgericht und deren Vorgesetzte, zuletzt der Justizminister[4]). Den Oberreichsanwalt erwähnt das Gericht nicht ausdrücklich[5]).

d) Den übrigen Polizeibeamten gegenüber besteht ein Anordnungsrecht nicht. Sie müssen also als nicht Untergebene um das, was sie thun sollen, ersucht werden. Der Unterschied zwischen beiden Beamtengruppen scheint zunächst ein rein äusserlicher zu sein. Die ersteren haben den Anordnungen bezw. Anweisungen zu gehorchen, die übrigen werden ersucht, müssen aber nach § 159 St.P.O. scheinbar ebenso unbedingt gehorchen. Doch handelt es sich nicht nur um belanglose Fragen der „Behördenetikette"[6]). Ihren Hülfsbeamten gegenüber hat z. B. die Staatsanwaltschaft[7]) ein Disciplinarrecht, dem ersuchten Beamten gegenüber nicht[8]).

e) Die Polizei hat auch, ohne ersucht oder beauftragt zu sein, thätig zu werden. Sie hat nach § 161 St.P.O. das Recht des ersten Angriffs, d. h. das Recht, ohne vorgängige Anregung durch die Staatsanwaltschaft nach strafbaren Handlungen zu forschen und für Erhaltung und Klärung der Sachlage zu sorgen. Auch hier ist sie nach § 161 Abs. 2 St.P.O. Gehülfin der Staatsanwaltschaft, der die Verhandlungen zu übergeben sind, sofern nicht ein Angehen des Amtsrichters erforderlich wird[9]). Der Gehülfenstellung der Polizei entspricht auch, dass sie nach § 161 St.P.O. nur die „keinen Aufschub gestattenden Anordnungen zu treffen hat". In solchen Fällen kann sie nach § 98 St.P.O. auch Beschlagnahmen anordnen, nach § 105 St.P.O. Durchsuchungen vornehmen, nach § 127 St.P.O. Verdächtige vorläufig festnehmen, nach § 131 St.P.O. Steckbriefe erlassen. Sie kann weiter, obwohl die St.P.O. darüber schweigt, Zeugen und andere Personen, aber nicht

---

[3]) Eine landesrechtliche Änderung wäre unzulässig. Den Untersuchungsrichter nennt das Gesetz nicht. Der § 187 St.P.O. spricht nur von der Möglichkeit einer Anordnung durch ihn. Ob er ein Anordnungsrecht hat, richtet sich nach Landesrecht. Über das Verhältnis zwischen § 159 St.P.O. und § 153 G.V.G. vgl. unten und noch John II, 31.

[4]) Den Amtsanwälten fehlt das Anordnungsrecht. Sie müssen in jedem Falle die Polizei ersuchen.

[5]) In den Fällen des § 147 Abs. 2 G.V.G. ist der Oberreichsanwalt „vorgesetzter Beamter" aller Staatsanwaltschaften und nach § 153 G.V.G. anordnungsberechtigt. Da der Reichskanzler wieder Vorgesetzter des Oberreichsanwalts ist, hat auch er in diesen Sachen ein Anordnungsrecht, und zwar allen Beamten der Kriminalpolizei Deutschlands gegenüber. Vgl. noch v. Kries 216.

[6]) So Glaser II, 364.

[7]) Vgl. z. B. Preuss. A.G. z. G.V.G. §§ 80 u. 81.

[8]) Sie kann sich nur über den ersuchten Beamten bei dessen Vorgesetzten beschweren. Vgl. im übrigen John II, 34.

[9]) Richterliche Untersuchungshandlungen sind solche, die nur der Richter vornehmen kann; z. B. eidliche Vernehmungen. Anträge bei dem Richter zu stellen ist die Polizei nicht befähigt. In der Übersendung liegt lediglich eine Anregung des Richters, gemäss § 163 das Erforderliche vorzunehmen. Löwe 3b zu § 161 St.P.O.

eidlich, vernehmen. Zwangsrechte gegenüber den zu Vernehmenden hat die Polizei dagegen nicht[10]).

f) Die Polizeibehörden sind bundesstaatliche Behörden; Landesrecht bestimmt, welches die örtliche Zuständigkeit der einzelnen Polizeibehörde ist. Aus dem Gedanken, dass Deutschland ein einheitliches Rechtspflegegebiet sein soll, ist § 168 G.V.G. entstanden[11]); er giebt das Recht der sog. Nacheile, d. h. der Verfolgung eines Flüchtigen, allen Sicherheitsbeamten[12]). Die Behandlung des Ergriffenen regelt § 168 Abs. 2 G.V.G.[13]).

II. Ausser der Polizei stehen nach §§ 159, 160 St.P.O. der Staatsanwaltschaft für den Lauf des Ermittelungsverfahrens[14]) noch andere Behörden als Gehülfen zur Seite.

a) Die Staatsanwaltschaft kann nach § 159 St.P.O. zum Zwecke der Erforschung des Thatbestandes von allen öffentlichen[15]) Behörden Auskunft verlangen. Das Gesetz bestimmt aber nicht auch, ob und inwieweit eine Behörde zur Auskunft verpflichtet sei[16]). Die

[10]) Man muss hierbei von dem Grundgedanken ausgehen, das ihr keinesfalls mehr gestattet ist, als der Behörde, deren Gehülfin sie ist. Das Landesrecht kann ein solches Zwangsrecht nicht schaffen. Es ist zwar die Materie der Polizei vom Reichsrecht nicht erschöpfend geregelt, insoweit die Klassen der Polizei, die Hülfsbeamten der Staatsanwaltschaft sein sollen, dem Landesrecht zu bestimmen überlassen ist. Wohl aber führt die St.P.O. die Rechte der Polizei im Prozess bei den einzelnen Zwangshandlungen genau aus. Die St.P.O. hat die Materie der prozessualen Zwangsrechte erschöpfend geregelt. Vgl. noch John II, 370 und I, 412, Löwe I b zu § 159 St.P.O., v. Kries 476, a. M. im einzelnen: Ullmann 356, Glaser II, 366, sowie R. VIII, 205, 390 und E. XIII, 426; letztere Entscheidung führt aus, dass die Polizei zwar zur zwangsweisen Sistierung zum Zwecke der Feststellung der Person eines bei der Strafthat Gegenwärtigen befugt sei, ihr aber die Mittel der §§ 50 u. 69 St.P.O. nicht zustehen.

[11]) Das Rechtshülfegesetz von 1869 enthielt ähnliches.

[12]) „Sicherheitsbeamte" sind ausser der Polizei noch andere Beamte; R. VIII, 735. So z. B. der Forstschutzbeamte, ebenso Feldhüter, Strafanstaltsbeamte, Gendarmen u. s. w. Vgl. auch Löwe und Hauck zu § 168 G.V.G. „Flüchtig" ist nach R. VIII, 735 nicht nur der, dessen „Absicht darauf gerichtet ist, sich durch die Flucht in Sicherheit zu bringen", sondern ganz allgemein der, „zu dessen Habhaftmachung eine Verfolgung überhaupt geboten ist". Vgl. auch Löwe 3 zu § 168 G.V.G Die Nacheile kann auch erfolgen, um die Persönlichkeit des Verfolgten festzustellen. Nicht in allen Punkten gleichbedeutend ist „Flucht" z. B. in § 112 St.P.O.

[13]) Einer der beiden von § 168 Abs. 2 G.V.G. genannten Wege muss selbst dann eingeschlagen werden, wenn der Ergriffene darauf verzichtet. Das weitere Verfahren bestimmt sich eventuell nach §§ 127, 128, 132 St.P.O. Sie passen jedoch nur auf die Ergreifung eines Beschuldigten, nicht z. B. auf die eines entsprungenen Sträflings. Der Entwurf wollte die Nacheile nur auf die Gebiete benachbarter Bundesstaaten zulassen. Das Gesetz hat das nicht aufgenommen.

[14]) Die Polizei ist Gehülfin im ganzen Laufe des Prozesses und noch in der Strafvollstreckung.

[15]) Welche das sind, bestimmt Reichs- und Landesstaatsrecht. Vgl. auch Löwe 1 zu § 96 St.P.O.

[16]) Eine solche Anordnung hätte, wie John II, 42 hervorhebt, „einen Eingriff in die Verwaltung der Einzelstaaten involviert, der den bundesstaatlichen Prinzipien, auf denen die Reichsverfassung beruht, vollkommen widersprechend gewesen wäre".



Behörden haben also Auskunft zu erteilen, soweit ihnen das ihr besonderes Recht erlaubt[17]).

b) Es ist leicht möglich, dass zur Klärung des Thatbestandes Handlungen erforderlich werden, zu denen nur der Richter, nicht die Staatsanwaltschaft oder die Polizei befugt ist[18]). Die St.P.O. beruft zur Unterstützung der Staatsanwaltschaft durch solche richterlichen Untersuchungshandlungen vor der Erhebung der Anklage in § 160 St.P.O. den Amtsrichter. Das Gesetz verpflichtet ihn zu dieser Unterstüzung. Eine Ablehnung des staatsanwaltlichen Antrags ist nur aus dem von § 160 Abs. 2 St.P.O. angegebenen Grunde[19]) gestattet, also z. B. nicht, weil der Amtsrichter etwa das Verlangte für unzweckmässig hält.

Auch wenn der Amtsrichter im Ermittelungsverfahren gemäss § 163 St.P.O. ohne staatsanwaltschaftliches Ersuchen „von Amts wegen" thätig wird, handelt er, wie aus § 165 St.P.O. hervorgeht, für den Staatsanwalt, als sein „negotiorum gestor", und das Gleiche gilt, wie ebenfalls § 165 St.P.O. zeigt, wenn der Amtsrichter auf Antrag des Beschuldigten Beweiserhebungen vornimmt. Keineswegs ist er im letzten Falle Gehülfe des Beschuldigten. Auch das nach § 165 Ermittelte dient zur Unterstützung der Staatsanwaltschaft bei Entscheidung der Frage, ob Anklage zu erheben ist oder nicht[20]).

### B. Die Gehülfen und Vertreter des Beschuldigten.

#### I. Der Verteidiger.

#### § 43.

#### Begriff der Verteidigung und Stellung des Verteidigers im allgemeinen.

I. a) Obwohl die Staatsanwaltschaft auch das zur Entlastung des Beschuldigten dienende zu beachten hat und selbstverständlich vor

---

[17]) Auch die Art der Auskunftserteilung, ob z. B. Aktenübersendung statthaft ist, richtet sich nach den besonderen, für die ersuchte Behörde massgebenden Sätzen. Vgl. noch John zu § 96 St.P.O. Der § 109 G.V.G. findet auf Mitteilungen an die Staatsanwaltschaft nicht ohne weiteres Anwendung.

[18]) Man denke an die Weigerung eines Zeugen, der Staatsanwaltschaft auszusagen, an Fälle, in denen ein im Sterben liegender Zeuge eidlich vernommen werden muss, um seine Aussagen für den Prozess benutzbar zu machen, an Besichtigung und Öffnung von Leichen. Über alles dies näher unten.

[19]) Vgl. darüber unten beim Ermittelungsverfahren.

[20]) Ein Anordnungsrecht des Richters der Kriminalpolizei gegenüber besteht im Verfahren vor der Anklage nicht. Anders in der Voruntersuchung nach § 187 St.P.O.

allem der Richter das zu thun verpflichtet ist[1]), obwohl weiter das Gesetz den Beschuldigten befähigt, sich gegen die Anklage zu verteidigen, hat die St.P.O. in dem neben den Beschuldigten[2]) tretenden Verteidiger ein besonderes Prozessorgan geschaffen, dessen einzige Aufgabe es ist, für den Beschuldigten thätig zu werden[3]). Er soll auf Seiten des meist prozessungewandten, durch das bedrückende Gefühl des Angeklagtseins gehemmten Beschuldigten dem prozessgewandten, durch seine Stellung als dem Gericht gleichgestellter Beamter bevorzugten Staatsanwalt das Gegengewicht halten.

b) Ein solcher Verteidiger wird dem Beschuldigten in gewissen Fällen ohne, selbst gegen seinen Wunsch im öffentlichen Interesse zur Seite gestellt, wie denn überhaupt die Rechte des Verteidigers nicht nur aus der Person des Beschuldigten hergeleitete sind, sondern zum Teil unabhängig von seinem Willen, selbst gegen seinen Willen bestehen.

II. a) Der Verteidiger ist also nicht als Mandatar aufzufassen, der lediglich für die Wünsche seines Klienten eine rechtliche Form zu finden hätte[4]). Ebensowenig aber hat der Verteidiger sein Amt völlig unabhängig vom Willen des Beschuldigten ausschliesslich im öffentlichen Interesse zu führen[5]).

b) Jedenfalls erschöpft sich das Wesen der Verteidigung nicht lediglich in einer solchen „Vertretung" des Beschuldigten[6]). Inwieweit eine Vertretung durch

---

[1]) Man bezeichnet diese Pflicht des Anklägers und des Gerichts ziemlich allgemein als materielle Verteidigung. Vgl. z. B. Holtzendorff I, 388. Die durch den Verteidiger geführte Verteidigung nennt man formelle Verteidigung. Gegen diese Ausdrücke mit Recht v. Kries 282, John I, 948.

[2]) Ihm gleich stehen hier die sogenannten Einziehungsinteressenten. Vgl. §§ 477 ff. St.P.O. und unten. Vgl. auch Köhler in G.S. LIII, 161 ff.

[3]) Für die Notwendigkeit des Verteidigers führt man an, dass sich die Staatsanwaltschaft schon deshalb schlecht zur Verteidigung eigne, weil sie bei der Anklageerhebung sich naturgemäss schon ein Urteil zu Ungunsten des Angeschuldigten gebildet habe, also nicht unbefangen sei. Vgl. v. Kries 231 ff., auch Historisches bei Ullmann 243.

[4]) Dieser Auffassung gemäss müsste er auch zu den unlautersten Mitteln greifen, wenn der Angeschuldigte es wünschte. Sie ist ferner damit nicht zu vereinigen, dass das Gesetz dem Angeschuldigten in gewissen Fällen selbst gegen seinen Willen einen Verteidiger zur Seite stellt u. s. w. Die Bestimmungen der §§ 339, 344 St.P.O. wären unverständlich, denn sie wären überflüssig. Sie hätten keinen Sinn, denn auch ohne sie wäre ja der Verteidiger dem Willen des Verteidigten unterworfen. Vgl. auch John I, 954, Ullmann 254 ff.

[5]) Vgl. John I, 965 ff. Ob es sich um bestellte oder gewählte Verteidiger handelt, ist gleich; a. M. scheinbar Ullmann 255. Vgl. John I, 951 und die §§ 339, 344 St.P.O.

[6]) So z. B. v. Kries 233, vgl. aber E. IX, 78 und noch E. XVIII, 138, R. X, 539.

den Verteidiger stattfinden kann, hat die St.P.O. nicht entschieden. Man hat bei der Entscheidung der sich ergebenden Streitfragen davon auszugehen, dass die St.P.O. das Wesen des Vertreters darin sah, dass er statt des Vertretenen zum Handeln berufen sei, das des Verteidigers darin, dass er grundsätzlich neben dem Beschuldigten thätig zu werden habe [7]). Jedenfalls ist die St.P.O. nicht von dem Gedanken ausgegangen, dass die Handlungen des Verteidigers grundsätzlich als die Handlungen des Beschuldigten anzusehen seien [8]), geschweige denn die des Beschuldigten ersetzen können.

Eine Vertretung ist zunächst überall da unmöglich, wo der Beschuldigte nicht lediglich als Prozesssubjekt, als Partei, sondern auch als Beweismittel in Frage kommt [9]) schon deshalb kann grundsätzlich die Anwesenheit des Verteidigers in der Hauptverhandlung die Anwesenheit des Angeschuldigten nicht ersetzen.

In anderen Fällen kann es sich um eine Vertretung des Beschuldigten durch den Verteidiger schon deshalb nicht handeln, weil der Verteidiger eigene, ihm kraft öffentlichen Rechts gegebene Befugnisse wahrnimmt, Befugnisse, die dem Beschuldigten selbst gar nicht zustehen [10]).

In anderen Fällen lässt sich dagegen von einer Vertretung des Beschuldigten durch den Verteidiger sprechen. Der Verteidiger kann Handlungen für den Beschuldigten vornehmen, zu denen auch der Beschuldigte selbst befugt ist. Das ist z. B. der Fall bei der Einlegung und Zurücknahme der Rechtsmittel gemäss §§ 339 und 344 St.P.O. [11]). Soweit man eine Vertretungsmöglichkeit annimmt, ist grundsätzlich die Befugnis zur Vertretung schon als in der Verteidigerstellung liegend anzusehen. Der Verteidiger kann die Vertretung vornehmen, ohne ausdrücklich zu der Handlung bevollmächtigt zu sein. Nur da, wo das Gesetz das Gegenteil bestimmt, wie in § 344 Abs. 2 St.P.O., liegt die Sache anders [12]).

III. Voraussetzung der Verteidigung ist Vorhandensein eines Angriffs. Art, Richtung und Mass der Verteidigung wird durch den Angriff bestimmt. Der Verteidiger ist nicht berufen, jeden Angriff, auch den gerechten, vom Beschuldigten abzuwehren [13]). Er hat im öffent-

---

[7]) Vgl. v. Kries 234, der jedenfalls mit seiner abweichenden Meinung insofern Recht hat, als die Auffassung, von der man ausging, zu eng ist. Sie passt nur für die Hauptverhandlung. Ihren Ausdruck hat sie in §§ 233, 322, 370, 390 St.P.O. gefunden.

[8]) So v. Kries 233. Ein Satz ähnlich dem des § 81 C.P.O. findet sich in der St.P.O. nicht, wäre auch mit dem Strafprozess völlig unvereinbar.

[9]) So auch v. Kries 233. Eine Vertretung findet in dieser Beziehung selbst dann nicht statt, wenn die Hauptverhandlung ohne den Angeklagten stattfindet. Keineswegs giebt der erschienene Vertreter auch in Vertretung des Abwesenden die Aussage ab. Vielmehr wird die Aussage des Abwesenden durch Protokollverlesung ersetzt, d. h. falls der Angeklagte überhaupt vorher zu Protokoll vernommen war.

[10]) So z. B. das Recht der Akteneinsicht nach § 147 St.P.O.

[11]) Vgl. auch z. B. §§ 322, 427 St.P.O., wo der Ausdruck „Vertreter“ ausdrücklich verwendet wird. Auch bei der Geschworenenablehnung nach § 283 St.P.O. ist Vertretung zulässig. Ebenso auch z. B. bei Erhebung des Einwands nach § 179 St.P.O. u. s. w.

[12]) Vgl. noch § 427 St.P.O und auch Löwe 8a vor § 137 St.P.O.

[13]) Auch für den Verteidiger gilt § 257 St.G.B.



lichen Interesse nur den ungerechtfertigten, zu harten Angriff abzuwehren, dafür zu sorgen, dass der Angegriffene nicht härter beurteilt wird, als den Umständen entspricht, und dass auch im Laufe des Prozesses ihm seine prozessualen Rechte nicht zu Unrecht verkümmert werden[14]). Ist der Angriff gerechtfertigt oder gar zu milde, irrt sich etwa der Staatsanwalt zu Gunsten des Beschuldigten, so ist ein abzuwehrendes Übermass nicht da[15]).

IV. Von dieser Grundauffassung ist auszugehen, wenn Verteidiger und Beschuldigter bezüglich prozessualer Massregeln in Meinungsverschiedenheit geraten. Es ist von ihr aus im Einzelfalle zu prüfen, ob es sich um ein eigenes selbständiges, vom Willen des Beschuldigten unabhängiges Recht handelt oder nicht. Nur insoweit ist für den Verteidiger der Wille des Beschuldigten massgebend, als man seine Rechte als von denen des Beschuldigten abgeleitete anzusehen hat. Wo das Gesetz dem Verteidiger ein Recht giebt, das dem Beschuldigten nicht zusteht, handelt es sich natürlich um ein selbständiges Verteidigungsrecht. So besteht das Recht des Verteidigers, nach § 147 St.P.O. die Akten einzusehen, auch gegen den Willen des Beschuldigten[16]), ebenso dass Recht, nach § 191 St.P.O. Augenscheinseinnahmen beizuwohnen. Weiter kann der Beschuldigte den Verteidiger nicht hindern, nach § 145 St.P.O. die Vertagung zu beantragen, oder Ausschliessungsgründe[17]) geltend zu machen; auch auf den Schlussvortrag des § 257 St.P.O. und seinen Inhalt erstreckt sich der Wille des Beschuldigten nicht. Dagegen ist der Wille des Beschuldigten ausschlaggebend nach § 339 St.P.O. bei Einlegung von Rechtsmitteln, nach § 344 St.P.O. bei ihrer Zurücknahme, bei Ablehnung von Richtern und Sachverständigen u.s.w.[18]).

---

[14]) Auch in der Durchsuchung, Verhaftung, Beschlagnahme u. s. w. können ungerechte Angriffe liegen. Vgl. aber dazu Köhler G.S. LIII, 162. Man spricht hier wohl von sog. Prozessverteidigung.

[15]) Es ist nicht etwa Aufgabe des Verteidigers, den Staatsanwalt über seinen Irtum aufzuklären. Dann wäre er nicht Verteidiger, sondern Angreifer. Seine Thätigkeit ist eine einseitige; v. Kries 232, Löwe 8b zu § 137.

[16]) Dem Beschuldigten selbst steht dies Recht überhaupt nicht zu, ebensowenig etwa dem gesetzlichen Vertreter, wohl aber dem „Vertreter". Über diese Begriffe unten § 49 und M. V, 248.

[17]) Bei den Ablehnungsgründen handelt es sich dagegen lediglich darum, ob der Angeschuldigte Vertrauen zum Abgelehnten hat. Deshalb ist hier der Wille des Beschuldigten massgebend. Die Ausschliessungsgründe der §§ 22—23 St.P.O. sind dagegen im öffentlichen Interesse zu beachten und vom Verteidiger ohne Rücksicht auf den Beschuldigten geltend zu machen.

[18]) Ob es sich um einen gewählten oder bestellten Verteidiger handelt, ist für die Frage gleichgültig. Wahl und Bestellung sind Formen der Begründung des Verteidigungsverhältnisses. Die Thätigkeit des einmal vorhandenen Verteidigers

Kommt es zu offenen Meinungsverschiedenheiten zwischen Verteidiger und Beschuldigtem, so hat das Gericht durch Beschluss zu entscheiden[19].

§ 44.

## Gewählte und bestellte Verteidiger, notwendige und nicht notwendige, mehrfache und gemeinschaftliche Verteidigung.

I. a) Die Begründung des Verteidigungsverhältnisses erfolgt nach der St.P.O. entweder durch die Wahl eines Verteidigers insbesondere durch den Beschuldigten, oder durch die Bestellung eines Verteidigers seitens des Gerichts. Der Verteidiger ist entweder ein **Wahlverteidiger** oder ein **bestellter Verteidiger**.

b) Eine Bestellung findet nur statt, wenn eine Wahl entweder nicht stattgefunden hat oder der Gewählte dem Gericht aus irgend einem Grunde nicht genügt[1]. Auch wenn ein Verteidiger bestellt ist, bleibt dem Beschuldigten sein Wahlrecht gewahrt. Die Bestellung ist das Subsidiäre, die Wahl das Prinzipale[2]. Nachträgliche Wahl eines tauglichen Verteidigers zwingt das Gericht nach § 143 St.P.O., die Bestellung zurückzuziehen[3]. Die Wahlverteidigung geht der bestellten vor.

II. a) Wahlberechtigt ist vor allem der Beschuldigte, und zwar jeder Beschuldigte ohne Rücksicht auf sein Alter[4], sofern er nur thatsächlich seinem Willen, verteidigt zu sein, Ausdruck zu geben vermag[5]. Neben ihm ist wahlberechtigt nach § 137 St.P.O. sein gesetzlicher Vertreter.

---

ist die gleiche, mag er gewählt oder bestellt sein; John I, 962, v. Kries 245, E. I, 198, XII, 48, XVI, 376, XVII, 315, R. I, 335, VI, 297, IX, 565, X, 368, 484.

[19]) Der Verteidiger beantragt z. B. Wiedereinsetzung nach § 44 St.P.O. Der Beschuldigte widerspricht. Der § 339 St.P.O. ist nicht anwendbar, er bezieht sich nur auf Rechtsmittel, zu denen der Antrag auf Wiedereinsetzung nicht gehört. Das Gericht wird zu Gunsten des Verteidigers zu beschliessen haben. A. M. v. Kries 244

[1]) Vgl. §§ 138, 139 St.P.O., § 100 der Rechtsanwaltsordnung und unten.

[2]) John I, 1004.

[3]) Die Bestellung „ist" zurückzunehmen; a. M. John I, 1005. Vgl. noch John zu § 143 St.P.O.

[4]) Ob er sonst nach Privatrecht fähig ist, Verträge abzuschliessen, ist gleichgültig. Der § 137 Abs 2 St.P.O. zeigt, dass auch der bevormundete Beschuldigte wahlfähig ist; vgl. v. Kries 238. Der Minderjährige wird aus diesem mit dem Verteidiger geschlossenen Vertrage verpflichtet. Vgl. auch Köhler G.S. LIII, 170.

[5]) Vgl. z. B. §§ 233, 390 St.P.O. u. s. w. Auch telegraphische Vollmacht ist schriftliche Vollmacht; v. Kries 240.

b) Eine schriftliche Bevollmächtigung verlangt die St.P.O. nur in einigen Fällen. In allen übrigen Fällen bedarf es also einer solchen nicht. Es genügt, dass die Wahl dem Gericht irgendwie mitgeteilt wird, oder dass der mit dem Beschuldigten auftretende Verteidiger ohne den Widerspruch der Beschuldigten thätig wird. Auch für die Einlegung der Rechtsmittel bedarf es keiner an eine Form, etwa Schriftlichkeit, gebundenen Bevollmächtigung[6]).

c) Ein selbständiges Wahlrecht neben dem Beschuldigten hat nach § 137 Abs. 2 sein gesetzlicher Vertreter. Er hat es nicht nur, wenn der Beschuldigte nicht gewählt hat, sondern auch, wenn er es that[7]). Ähnlich wie der gesetzliche Vertreter stehen nach § 328 St.P.O. die „Angehörigen" der Abwesenden[8]).

III. a) Die Bestellung eines Verteidigers erfolgt durch das Gericht, und zwar entweder auf Antrag oder von Amts wegen. Antragsberechtigt ist der Beschuldigte[9]). Von Amts wegen muss ein Verteidiger bestellt werden nach § 140 Abs. 2 St.P.O. in bestimmten Fällen der sog. notwendigen Verteidigung, nach § 141 St.P.O. kann ein solcher bestellt werden in allen sonstigen Fällen, in denen das Gericht das aus irgend einem Grunde[10]) wünscht. Endlich behandelt noch § 145 Abs. 1 St.P.O. einen Fall, in dem die Bestellung erfolgen muss.

b) Nur „bei vorhandener Dringlichkeit" tritt an Stelle des Gerichts der Vorsitzende ein[11]). Dagegen liegt die Wahl der Person des Verteidigers, nachdem die Bestellung beschlossen ist

---

[6]) So Löwe 11a zu § 138 St.P.O, John I, 976 ff., v. Kries 239 u. s. w., ebenso E. XXI, 125, während frühere Entscheidungen anderer Ansicht waren; vgl. z. B. E. III, 91. A M. Glaser II, 236, Stenglein 3 zu § 137 St.P.O. Einen die Verteidigung ohne Auftrag als „negotiorum gestor" führenden Verteidiger kennt die St.P.O. nicht. Davon ist der Verteidiger, der nur die Vollmacht, vielleicht augenblicklich, nicht beibringen kann, scharf zu scheiden. Vgl. auch Wach I, 593, v. Kries 240 und noch E. XV, 226, XVIII, 346 Eine Generalvollmacht genügt nicht zur Einlegung des Rechtsmittels; M. VII, 454.

[7]) Über den gesetzlichen Vertreter unten § 49.

[8]) Näheres unten.

[9]) Den gesetzlichen Vertreter nennt das Gesetz nicht ausdrücklich; trotzdem wird man ihn als antragsberechtigt ansehen müssen.

[10]) Z. B. Jugendlichkeit, Unbeholfenheit, Schwerhörigkeit des Beschuldigten u. s. w. Die Bestellung kann auch in Schöffensachen und in den höheren Instanzen erfolgen. Sie liegt im freien Ermessen des Gerichts. Ein Recht auf Bestellung hat der Beschuldigte nicht.

[11]) Ob ein dringlicher Fall vorliegt, entscheidet der Vorsitzende selbst.

immer in der Hand des Vorsitzenden; das Gericht[12]) bestimmt, dass, der Vorsitzende, wer zu bestellen ist[13]).

IV. a) Die Verteidigung ist entweder eine notwendige oder eine nicht notwendige[14]). Das öffentliche Interesse erfordert in einer Reihe von regelmässig schweren Fällen oder mit Rücksicht auf bestimmte persönliche Eigenschaften des Beschuldigten die Mitwirkung eines Verteidigers. Oft tritt die Verteidigung selbst gegen den Wunsch des Beschuldigten ein[15]). Die Mitwirkung eines Verteidigers ist hier notwendige prozessuale Voraussetzung; Verstösse können die Anfechtung des Urteils rechtfertigen[16]).

b) Nach § 140 St.P.O. gehören hierher die vor dem Schwurgerichte oder dem Reichsgerichte als erster Instanz[17]) und

---

[12]) Welches Gericht, d. h. Strafsenat, Strafkammer u. s. w., zu bestellen hat, hängt davon ab, welches Gericht zuständig ist, und in welchem Abschnitt des Verfahrens die Bestellung erfolgt. Im Ermittelungsverfahren hat nach § 144 St.P.O. der Amtsrichter die Bestellung. Dabei ist zu beachten, dass es vorkommt, dass mehrere Amtsgerichte mit den Ermittelungen befasst werden. Man wird, da das Gesetz keines ausdrücklich beruft, ein jedes zur Bestellung als berechtigt anzusehen haben. Vgl. noch Löwe 3 zu § 142 St P.O., v. Kries 239. Da § 141 St.P.O. den Untersuchungsrichter nicht nennt, hat in der Voruntersuchung die Strafkammer bezw. der erste Strafsenat des Reichsgerichts die Bestellung, bei Dringlichkeit handelt der Vorsitzende der betr. Gerichtsabteilung; vgl. Löwe 2 zu § 147 St.P.O. In der Zeit zwischen Eröffnungsbeschluss und Hauptverhandlung (vgl. § 212 ff. St.P.O.) kommt für Schöffensachen § 30 Abs. 2 G.V.G. in Frage, in Strafkammersachen bestellt die erkennende Kammer selbst, in Reichsgerichtssachen der erkennende Gerichtshof. In Schwurgerichtssachen bestellen die richterlichen Mitglieder, sofern sie bereits bestimmt sind, andernfalls die Strafkammer; das wird allerdings nirgends ausdrücklich angeordnet, ergiebt sich aber aus allgemeinen Erwägungen; vgl. nach § 82 G.V.G. In der Hauptverhandlung bestellt das erkennende Gericht; vgl. noch § 30 Abs. 1 G.V.G.; in Schwurgerichtssachen der Gerichtshof, nicht auch die Geschworenen.

[13]) Auch die Bestellung mehrerer Verteidiger durch den Vorsitzenden ist denkbar. Ist die Bestellung einmal beschlossen, der Bestellte aber z. B. gestorben, so hat der Vorsitzende einen neuen Verteidiger zu bestimmen, nicht etwa das Gericht eine neue Bestellung zu beschliessen. Darum und nicht aus der „Dringlichkeit“ erklärt sich auch § 145 St P.O.

[14]) Man stellt der notwendigen oft, mit Rücksicht auf § 141 St P.O. nicht zutreffend, eine freiwillige oder gewillkürte Verteidigung gegenüber.

[15]) E. II, 104, R. II, 64. Auch dann tritt sie ein, wenn der Angeklagte rechtskundig, etwa selbst Rechtsanwalt ist. Der Satz der C.P.O. § 74, dass der Rechtsanwalt „sich selbst vertreten“ könne, ist in der St.P.O. nicht enthalten.

[16]) Vgl. unten. v. Kries 234 vergleicht die notwendige Verteidigung wohl nicht ganz zutreffend mit dem civilprozessualen Anwaltszwang.

[17]) Auch wenn sie im Wege der Verbindung (vgl. oben § 30) an das Gericht gelangen; R. II, 764; abweichend John I, 168 zu 6. Das Gesetz spricht nicht von Sachen, die „zur Zuständigkeit der Schwurgerichte gehören“, sondern von Sachen, die „vor dem Schwurgerichte zu verhandeln sind“. Löwe 4 zu § 140, John I, 994, v. Kries 235 u. s. w.



die beim Landgericht erster Instanz gegen taube, stumme[18] oder noch nicht 16 Jahre alte Angeklagte[19] zu verhandelnden Sachen[20]).

c) Wenn man auch die von § 140 St.P.O. Ziffer 2 genannten Fälle[21]) zu denen der notwendigen Verteidigung zählt, so ist zu beachten, dass bei ihnen der Wille des Beschuldigten massgebend ist. Die Verteidigung tritt hier nicht ein, auch wenn der Beschuldigte sie nicht will, sondern ohne dass sie **im öffentlichen Interesse nötig wäre, wenn der Beschuldigte sie will**[22]). Durch die Willenserklärung des Beschuldigten wird sie notwendig. Der Wille des Beschuldigten zwingt das Gericht zur Bestellung[23]).

V. In allen übrigen Fällen ist die Verteidigung unbeschränkt zulässig, aber nicht notwendig[24]). Es steht im Ermessen des Gerichts, ob ein Verteidiger bestellt werden soll. Die Nichtausübung des Wahlrechts seitens der Angeklagten giebt dem Gericht das Recht, auf Antrag oder von Amts wegen den Verteidiger zu bestellen[25]), während es nach § 140 St.P.O. die Pflicht der Bestellung hat.

VI. Die Verteidigung nennt man wohl eine mehrfache, wenn ein Beschuldigter mehrere, eine gemeinschaftliche, wenn mehrere Beschuldigte einen Verteidiger haben.

a) Eine mehrfache Verteidigung kommt insbesondere zustande, wenn nach § 137 beide dort genannten Wahlberechtigten eine Wahl

---

[18]) Taub ist, wer so schlecht hört, dass man sich nicht in der für den Prozess erforderlichen Weise mit ihm verständigen kann; stumm, wer nicht so sprechen kann, dass dies möglich wäre. Man denke an schwere Sprachfehler, wie fortwährendes Stottern u. s. w. Anderen Sinn haben die Worte in § 224 St.G.B. Geistesschwäche nennt § 140 nicht, vgl. jedoch § 141 St.P.O. Voraussetzung ist, dass die Taubheit im Augenblick des Eintritts der Verteidigung noch vorhanden ist; Ullmann 247.

[19]) Massgebend ist nicht die Zeit der Hauptverhandlung, sondern die des § 140; **R.** VII, 467, Löwe 5 zu § 140, v. Kries 236.

[20]) Auch wenn es sich nur um Übertretungen handelt; vgl. noch **R.** II, 762.

[21]) Ob es sich um ein „Verbrechen" handelt, ist zunächst nach der Anklage zu beurteilen. Fasst sie die That als Diebstahl nach § 243 St.G.B. auf (§ 73 G.V.G. Z. 5), so ist das zunächst massgebend, und die Bestellung des Verteidigers hat gemäss § 140 zu erfolgen. Weicht der Eröffnungsbeschluss von der Anklage ab, nimmt er ein „Vergehen" aus § 242 St.G.B. an, so kann die Bestellung zurückgenommen werden. Vgl. **E.** XXI, 266 und XIX, 273.

[22]) Die Verteidigung hört in diesen Fällen auf, notwendig zu sein, wenn der Verteidigte sie nicht mehr will; vgl. auch **R.** II, 766. Ein Verzicht auf die Verteidigung kann also Zurücknahme der Bestellung nach sich ziehen; vgl. aber § 141 St.P.O.

[23]) Man kann zwischen unbedingt notwendiger und bedingt notwendiger Verteidigung unterscheiden. Über den § 140 vgl. ausführliche Kritik bei John I, 985 ff.

[24]) Auch nicht, wenn der Angeklagte stumm ist.

[25]) Ein Rechtsmittel kann nicht darauf gestützt werden, dass das Gericht keinen Verteidiger bestellte.

vornehmen. Jeder der mehreren Verteidiger hat die vollen Verteidigungsrechte unabhängig von den Mitverteidigern[26]).

b) Eine gemeinschaftliche Verteidigung ist nach § 146 St.P.O. sowohl als Wahl- wie als bestellte Verteidigung denkbar[27]).

## § 45.

## Die Fähigkeit zur Führung der Verteidigung.

I. Aus § 138 St.P.O. ergiebt sich, dass es zur Führung der Verteidigung rechtlich unfähige Personen nicht giebt[1]). Aber es ist zu beachten:

a) dass der Kreis der bestellbaren und der der wählbaren nicht der gleiche ist, und dass

b) nicht Jeder auch die Fähigkeit für die Fälle der notwendigen Verteidigung besitzt.

II. a) Die in § 138 St.P.O. Genannten sind in den Fällen nicht notwendiger Verteidigung wählbar, also ausser Rechtsanwälten und Rechtslehrern[2]) an Universitäten Deutschlands auch „andere Personen" [3]).

Die Rechtsanwälte[4]) und Rechtslehrer sind bevorzugt; das Gericht muss sie zulassen[5]). Die „anderen Personen" bedürfen der stillschweigenden oder ausdrücklichen Genehmigung des Gerichts, das sie

---

[26]) Vgl. auch v. Kries 247. Jeder hat z. B. das Recht auf den Schlussvortrag nach § 257 St.P.O. Auch eine Bestellung mehrerer Verteidiger ist möglich.

[27]) Ob sie „der Aufgabe der Verteidigung widerstreitet", hat das Gericht auch bei Wahlverteidigung von Amts wegen zu prüfen; v. Kries 247, Ullmann 253, Löwe 2 zu § 146. Man denke, dass der eine Mitbeschuldigte den anderen der That verdächtigt.

[1]) Absatz 2 des § 138 St.P.O. ist erst durch die R.J.K. geschaffen.

[2]) Auch der Privatdozent ist Rechtslehrer. Die Frage, wer „Rechtslehrer" ist, wird meist nicht beantwortet Vgl. jedoch H.H. I, 401 Anm. 2. Soll die Zugehörigkeit zur juristischen Fakultät den Ausschlag geben oder soll auch z. B. der der philosophischen Fakultät angehörige Staatsrechtslehrer oder der der theologischen Fakultät angehörige Lehrer des Kirchenrechts „Rechtslehrer" sein? Ist es z. B. auch der lediglich historische Vorbildung besitzende Lehrer der Rechtsgeschichte, der der juristischen Fakultät angehört? Die Frage ist auch für § 4 G.V.G. von Bedeutung.

[3]) Auch Frauen sind „andere Personen", Ullmann 249; a. M. v. Kries 238. Auch Minderjährige sind nicht unfähig.

[4]) Vgl. die Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878. Rechtsanwalt kann nur sein, wer Richterfähigkeit besitzt. Nicht nur der beim Prozessgericht zugelassene Anwalt (C.P.O. § 74) ist zur Verteidigung fähig, sondern jeder Rechtsanwalt vor jedem deutschen Gericht, auch dem Reichsgericht. Vgl. aber oben im Text II c. Nichtdeutsche Rechtsanwälte sind „andere Personen" im Sinne des § 138 Abs. 2 St.P.O.

[5]) Vgl. aber E. XXIV, 296, wo entschieden ist, das Gericht könne einen Verteidiger ablehnen, wenn seine Vernehmung als Zeuge erforderlich ist.

auch zurückweisen kann [6]). Das „Gericht“, das über die Zulassung entscheidet, ist nach Eröffnung des Hauptverfahrens das erkennende Gericht [7]), vorher das Amtsgericht, die Strafkammer oder der I. Strafsenat des Reichsgerichts, nicht der Untersuchungsrichter.

b) Aus Abs. 2 des § 138 geht hervor, dass in den Fällen der notwendigen Verteidigung gewählt werden können die in Abs. 1 Genannten auch ohne Genehmigung des Gerichts. „Andere Personen“ [8]) bedürfen der Genehmigung [9]), aber das Gericht darf sie nicht auch allen in gleicher Weise erteilen. Die zu Verteidigern Bestellbaren [10]) können die Verteidigung allein und selbständig führen. Alle übrigen „anderen Personen“ können nur in Gemeinschaft mit einem bestellbaren Verteidiger auftreten. Sein Mitwirken ist notwendige prozessuale Voraussetzung [11]).

c) Eine Beschränkung der Wählbarkeit an sich tauglicher Personen ergiebt sich einmal aus § 100 Abs. 2 R.A.O., insofern hier den Rechtsanwälten beim Reichsgericht das „Auftreten“ an anderen Gerichten untersagt ist [12]). Eine weitere Einschränkung liegt darin, dass

---

[6]) Gegen eine Zurückweisung hat der Beschuldigte kein Rechtsmittel, ebensowenig der Staatsanwalt gegen die Zulassung. Eine Begründung der Zurückweisung ist nicht erforderlich. Vgl. noch John I. 981, der die Zurückweisung nicht als „Entscheidung“ im Sinne der §§ 33, 34 St.P.O. gelten lassen will. Das Gericht kann auch die Genehmigung zurücknehmen oder sie nur für einen einzelnen Prozessakt, z. B. eine Zeugenvernehmung (z. B. § 223 St.P.O.) oder die Hauptverhandlung gestatten; E. IX, 78. Dagegen ist eine Beschränkung der Rechte des einmal Zugelassenen, etwa in Bezug auf den Schlussvortrag (§ 257 St P.O) unzulässig Das wäre eine Beschränkung der Verteidigung im Sinne des § 377 Z. 8 St.P.O. und nicht eine Beschränkung der Zulässigkeit. Löwe 7 zu § 138 St.P.O.

[7]) Vgl. aber G.V.G. § 30 Abs. 2.

[8]) Der von § 139 St.P.O. genannte Substitut des gewählten Rechtsanwalts bedarf der Genehmigung nicht; vgl. noch unten.

[9]) Erst von der Genehmigung an sind sie zur Führung der Verteidigung befugt. Vgl. aber E. IX, 78. Wenn v. Kries 238 sagt, die vorher vorgenommene Handlung sei nicht „gültig“, so geht das zu weit und passt nicht auf alle Handlungen; man denke an den Verkehr zwischen Verteidiger und Beschuldigten, die Akteneinsicht u. s. w.

[10]) Nicht nur die zu Verteidigern von dem mit der Sache befassten Gericht bestellbaren. Jeder deutsche Rechtsanwalt, der von irgend einem Gericht bestellt werden kann, ist befähigt.

[11]) Stellt es sich im Laufe der Verhandlung heraus, dass ein Fall notwendiger Verteidigung vorliegt, so ist neben der „anderen Person“ ein Verteidiger zu bestellen; E. XXIX, 11. Es genügt das Vorhandensein eines bestellbaren Verteidigers. Dass er bestellt sei, ist nicht erforderlich. Z. B.: A wählt nach § 137 Abs. 2 für B den Rechtsanwalt X, B selbst wählt die „andere Person“ Y. Letzere tritt in „Gemeinschaft“ mit dem bestellbaren X auf. Das Erforderniss des § 138 Abs. 2 gilt für alle Prozessabschnitte. Der X gehört in der Hauptverhandlung zu den von § 377 Z. 5 St.P.O. Genannten.

[12]) Der Anwalt am Reichsgericht kann also auch nicht verteidigen vor anderen Gerichten. So auch John I, 980. Löwe 2 zu § 138 St.P.O. will ein Auftreten des



jemand der Natur der Sache nach nicht gleichzeitig Zeuge und Verteidiger sein kann[13]).

III. Der § 144 St.P.O. bestimmt, wer zum Verteidiger bestellt werden kann. Der Kreis der Bestellbaren ist der gleiche in den Fällen der notwendigen wie der nicht notwendigen Verteidigung. Bestellbar sind ausser den Rechtsanwälten[14]) „Justizbeamte, die nicht als Richter angestellt sind"[15]), und „Rechtskundige", welche die erste juristische Staatsprüfung bestanden haben[16]). Voraussetzung für ihre Bestellung im einzelnen Fall ist, dass sie in einem bestimmten Verhältnis zum bestellenden Gericht stehen. Nach § 144 Abs. 1 St.P.O. ist der Rechtsanwalt bestellbar, der am Orte des bestellenden Gerichts wohnt; ihm stehen nach § 39 R.A.O. die gleich, die innerhalb des Sprengels des bestellenden Gerichts wohnen und bei ihm

---

reichsgerichtlichen Anwalts unter dem Gesichtspunkt des § 138 Abs. 2 St.P.O. gestatten. Er zählt sie zu den „anderen Personen". Dem steht entgegen, dass diese „anderen Personen" den „Rechtsanwälten" gegenübergestellt werden. Die reichsgerichtlichen Anwälte sind aber doch auch Rechtsanwälte. Vgl. auch Stenglein 1 zu § 138 St P O. Auch in der Einreichung eines durch den Anwalt unterzeichneten Schriftstücks, z. B. § 406 St.P.O., liegt ein „Auftreten" vor Gericht. A. M. Löwe 2b zu § 138 St.P.O. Vgl. noch § 31 R.A.O. Über Ablehnung des Bestellten durch den Beschuldigten, über Ausschliessung des Verteidigers enthalten die Gesetze nichts; Ullmann 251. Wird in einer Reichsgerichtssache die Voruntersuchung bei einem anderen Gericht geführt, so handelt es sich um einen Teil des reichsgerichtlichen Verfahrens, der Verteidiger tritt also nicht vor einem anderen Gericht auf; v. Kries 237.

[13]) Das gilt sowohl für Rechtsanwälte wie für andere Personen und muss auf gewählte und bestellte Verteidiger Anwendung finden, wobei gleichgültig ist, ob die Wahl etc. der Benennung als Zeuge vorausgeht oder nicht. Die Zeugnispflicht geht der Verteidigung vor. Andernfalls könnte etwa der Angeklagte, indem er den Anwalt, der ihn belasten könnte, zum Verteidiger wählt. sein Zeugnis für den Prozess unmöglich machen. Das Gericht ist an die Person des Zeugen gebunden, während dem Gericht bezw. dem Beschuldigten die Wahl unter mehreren Verteidigern freisteht; der Rechtsanwalt ist eine fungible Person, der Zeuge nicht. Vgl. Löwe 5a, Stenglein 4 zu § 138 St.P O, John I, 1019 u. s. w., sowie das Reichsgericht in einer Entscheidung von 1891 bei G. 39, 312; nicht ganz übereinstimmend damit E. XXIV, 104 (Entscheidung von 1893).

[14]) Man fürchtete 1877, sie würden nicht in genügender Zahl vorhanden sein. Der § 144 hindert auch eine Überlastung der Rechtsanwälte mit Offizialverteidigungen. Rechtslehrer sind nicht bestellbar; Löwe 1 zu § 144. A. M. John I, 1011.

[15]) Z. B. Gerichtsschreiber. Unbestellbar ist nicht nur der dauernd angestellte Richter, sondern auch der zeitweise, z. B. als Hülfsrichter beschäftigte.

[16]) Der § 144 hat die von § 139 verlangte zweijährige Beschäftigung nicht angenommen. Ebenso verlangt er nicht, dass der Rechtskundige beschäftigt „ist". Doch ist zu beachten, dass nur der zur Zeit Beschäftigte in dem Verhältnis zum Gericht steht, dass es ihn bestellen könnte. Auch hat man gewiss nicht dem einmal bestandenen ersten Examen eine Wirksamkeit für das ganze Leben zusprechen wollen. Strenggenommen ist also die Hervorhebung „des Rechtskundigen" überflüssig, denn der, um den es sich hier handelt, ist „Justizbeamter". Vgl. jedoch Löwe 3a zu § 144 St.P.O.

zugelassen sind[17]). Das Gleiche gilt für die von § 144 St.P.O. Abs. 2 Genannten[18]).

IV. a) Eine Pflicht zur Annahme der Wahl ist weder durch die St.P.O., noch durch die R.A.O. geschaffen worden. Dagegen kann § 31 R.A.O., welcher durch § 356 St.G.B. unterstützt wird, eine Pflicht zur Ablehnung der Wahl ergeben[19]).

b) Eine Pflicht zur Annahme der Bestellung besteht für den Rechtsanwalt[20]). Hält der Anwalt die Bestellung für ungerechtfertigt[21]) oder unzulässig[22]), so hat er, wenn die Bestellung nicht zurückgenommen wird, nach § 36 R.A.O. das Beschwerderecht[23]). Inwieweit für andere Personen eine Annahmepflicht oder Ablehnungspflicht besteht, ist reichsgesetzlich nicht bestimmt[24]).

## § 46.

## Zeitpunkt des Beginns und der Beendigung des Verteidigungsverhältnisses.

I. Die nach 1848 nach französischem Vorbilde geschaffenen deutschen Strafprozessgesetze schränkten die Verteidigung zeitlich ein.

---

[17]) Vgl. Löwe 2a zu § 144 St.P.O.

[18]) So kann insbesondere das Gericht alle bei ihm beschäftigten „Rechtskundigen" bestellen. Näheres ergiebt sich aus dem Landesjustizverwaltungsrecht.

[19]) Nach § 31 R.A.O. hat der Rechtsanwalt seine Berufsthätigkeit zu versagen, erstens, wenn er für eine pflichtwidrige Handlung in Anspruch genommen wird, ihm etwa zugemutet wird, die Sache zu verschleiern, den Richter irre zu führen; zweitens, wenn sie von ihm in derselben Rechtssache bereits einer anderen Partei im entgegengesetzten Interesse gewährt ist, wenn etwa der Anwalt in einer Privatklagesache zuerst dem Kläger geholfen hat und ihn in höherer Instanz der Beschuldigte wählt. Auch der Rechtsanwalt, der für den Verletzten nach § 170 St.P.O. die Klageerhebung erzwungen hat, ist zur Ablehnung verpflichtet. Ebenso der Assessor, der bei der Staatsanwaltschaft im Ermittelungsverfahren thätig war und jetzt als Rechtsanwalt gewählt wird. Drittens besteht die Pflicht zur Ablehnnng, wenn der Anwalt in einer streitigen Angelegenheit helfen soll, an deren Entscheidung, nicht nur der Urteilsfällung, er als Richter (nicht als Gerichtsschreiber) teilgenommen hat. Glaser II, 234.

[20]) Nur so lässt sich, obwohl die St.P.O die Verpflichtung nicht ausdrücklich festsetzt, § 39 R.A.O. verstehen, der erklärt, dass für die Pflicht zur Annahme der Bestellung die Sätze der St.P.O. massgebend sein sollen. Vgl. auch John I, 1007, Löwe 2b zu § 144 St.P.O.

[21]) Etwa, weil er sich zu sehr mit Offizialverteidigungen belastet glaubt.

[22]) Z. B. weil ein Grund vorliegt, den § 31 R.A.O. im Auge hat.

[23]) Für sie gelten nach § 36 R.A.O. die Grundsätze der C.P.O. Es kann also der vom Oberlandesgerichte bestellte Anwalt nach § 135 G.V.G. an das Reichsgericht Beschwerde einlegen.

[24]) Das wird von den Dienstvorschriften abhängen, denen der Rechtskundige bezw. Justizbeamte unterworfen ist. Der § 31 R.A.O. ist nicht ohne weiteres analog anwendbar. Löwe 3b zu § 144 St.P.O. M. VIII, 90 hält die Bayr. Rechtspraktikanten, die nach der zweiten Prüfung die Praxis bei einem Rechtsanwalt fortsetzen, für verpflichtet.



Es war für sie erst Raum, wenn der Prozess bis zu einem bestimmten Abschnitte, etwa bis zur Eröffnung des Hauptverfahrens, vorgeschritten war. Auf anderem Standpunkt steht die St.P.O.[1]) mit Recht. Schon in dem der Anklage vorausgehenden sog. Ermittelungsverfahren und in der Voruntersuchung sind gegen den Verdächtigen empfindliche Massregeln, wie z. B. die Verhaftung, zulässig. Schon vor der Eröffnung des Hauptverfahrens ergehen weitere Entscheidungen, die von Einfluss auf den ganzen Verlauf der Sache sein können, und gegen die eine Verteidigung gestattet werden muss[2]).

II. Die St.P.O. hat deshalb die Verteidigung zeitlich nicht beschränkt[3]). Auch hier ist zwischen dem gewählten und dem bestellten Verteidiger zu unterscheiden.

a) Für die Wahlverteidigung bestimmt § 137 St.P.O., dass sie in jeder Lage des Verfahrens zulässig ist. Das „Verfahren" ist vorhanden, sobald die Anklage erhoben ist. Aber aus § 167 St.P.O. geht hervor, dass schon vor der Anklage ein Verteidiger an „richterlichen Verhandlungen" teilnehmen kann[4]). Bei den „staatsanwaltlichen Verhandlungen" wird ein Verteidiger nicht erwähnt. Ob ihm die Staatsanwaltschaft oder die Polizei Zutritt gewähren will, hängt von ihrem Ermessen ab.

b) Für die Bestellung gilt zunächst nach § 142 St.P.O. das Gleiche; auch sie ist während des Vorverfahrens zulässig[5]). Bei der notwendigen Verteidigung muss, sofern nicht eine Wahl erfolgt ist,

---

[1]) Vgl. die geschichtlichen Ausführungen bei John I, 958 ff., Ullmann 253.

[2]) Man denke z. B. an den Einwand gegen den wichtigen Beschluss des § 178 St.P.O. Da der Eröffnungsbeschluss nach § 209 St.P.O. unanfechtbar ist, muss dem Beschuldigten daran liegen, dass schon vor diesem Beschlusse der Verteidiger eingreifen kann. Vgl. auch § 199 St.P.O. Wird dem Beschuldigten das Recht beschränkt, so kann das die Revision begründen; E. XXIX, 440.

[3]) Allerdings kommt im Ermittelungsverfahren und in der Voruntersuchung der Verteidiger nicht zu freier Entfaltung seiner Thätigkeit; vgl. John I, 961. Im Stadium der Strafvollstreckung giebt es keine Verteidigung mehr, es sei denn, dass man die nach § 486 Abs. 2 St.P.O. gestattete „Anwesenheit" des Verteidigers als Verteidigung gelten lassen will.

[4]) Eine Verteidigung ist nur auf Seiten des Beschuldigten möglich, nicht solange er etwa nur als Zeuge vernommen wird; erst muss zum Ausdruck gekommen sein, dass der Verdacht sich gegen ihn richte. Vgl. noch unten und § 191 ff. St.P.O.

[5]) Vgl. aber Löwe 3 zu § 142 St.P.O. Die Bestellung erfolgt im Ermittelungsverfahren durch den Amtsrichter; vgl. § 160, 163 St.P.O. Das Gesetz hat nicht angeordnet, welcher Amtsrichter bestellen soll. Löwe will den § 164 analog anwenden, der aber versagt, wenn der Beschuldigte im Ermittelungsverfahren überhaupt nicht mit einem Richter in Verbindung kommt.

die Bestellung spätestens bis zu dem von § 140 St.P.O. Abs. 3 bezeichneten Zeitpunkte erfolgen[6]).

III. a) Der Zeitpunkt der Begründung und der Beendigung des Wahlverteidigungsverhältnisses steht im Ermessen des Wählenden[7]). Er kann den Verteidiger wie für den ganzen Lauf des Prozesses auch für einen bestimmten Prozessabschnitt wählen.

b) Über den Zeitraum, für den die Bestellung wirksam ist, schweigt das Gesetz. Wenn nicht eine Wahl erfolgt, und das Gericht die Bestellung nicht zurücknimmt, hat sie Geltung für die ganze Instanz, in der sie erfolgte. Sie wirkt also für alle noch nicht erledigten Prozessabschnitte in der Instanz[8]). Innerhalb dieser Grenze besteht sie, solange sie nicht zurückgenommen wird. Sie entfällt also nicht „ipso jure“ mit dem Wegfall der Voraussetzungen, unter denen die Bestellung erfolgte[9]).

c) Die St.P.O. legt in den von § 145 genannten Fällen das Hauptgewicht auf die Mitwirkung des Verteidigers in der Hauptverhandlung[10]). Und zwar muss der Verteidiger nicht nur während der

---

[6]) Trotz des Wortlauts des § 140 handelt es sich in § 140 Abs. 3 nicht um eine notwendige prozessuale Voraussetzung. So auch das Reichsgericht in einer Reihe von Entscheidungen. Ein Urteil ist nach § 376 St.P.O. mit Revision anfechtbar, wenn es auf der Verletzung einer Rechtsnorm beruht; Normverletzung und Urteil müssen in Kausalzusammenhang stehen. Ein solcher Kausalzusammenhang wird nach § 377 Z. 5 ohne weiteres angenommen, wenn in der Hauptverhandlung der Verteidiger fehlt. Anderenfalls liegt also Kausalzusammenhang nicht ohne weiteres vor. Vgl. E. VI, 441, R. IV, 890, V. 682, aber auch E. XX, 38. Eingehend John I, 997 ff., Glaser II, 230. Die von § 144 Abs. 3 gesteckte Frist darf ohne Willen des Beschuldigten nicht verkürzt werden, R. II. 406. Aber auch nach ihrem Ablauf ist nach § 141 St.P.O. Bestellung möglich.

[7]) Vgl. auch Löwe 12 zu § 138 St.P.O. Inwieweit der Gewählte zur Beendigung des Verteidigungsverhältnisses befugt sein soll, sagt die St.P.O. nicht. Auch die R.A.O. schweigt über die Frage. Mit Beendigung des Prozesses, d. h. mit rechtskräftiger Beendigung ist die Verteidigung jedenfalls zu Ende. In der Vollstreckungsinstanz ist für einen Verteidiger kein Platz. Vgl. noch v. Kries 241 und Ullmann 252.

[8]) Auch zur Einlegung des Rechtsmittels gegen das Urteil der Instanz ist der Bestellte befugt. Vgl. auch Löwe 11b zu § 140 und § 381 St.P.O. Bedenklich ist es, die Bestellung auch für die Wiederaufnahme gelten zu lassen. In ihr handelt es sich um Neubeginn des Verfahrens, nicht um einen Prozessabschnitt des alten. Vgl. aber E. XXII, 97, XXIX, 278. Geht, z. B. infolge einer Unzuständigkeitserklärung, die Sache an das Gericht eines anderen Ortes über, so erlischt die Bestellung nicht ohne weiteres, sondern erst, wenn ein anderer Verteidiger bestellt wird; Löwe 5 zu § 144.

[9]) Der Verteidiger war bestellt, weil ein Verbrechen Gegenstand der Untersuchung war. Das Hauptverfahren wurde nur wegen Betrugs eröffnet. Da die Bestellung nicht zurückgenommen wurde, war der Verteidiger gemäss § 217 St.P.O. zu laden; E. XXI, 266.

[10]) Das Ausbleiben u. s. w. eines Wahlverteidigers bei nicht notwendiger Ver-



ganzen Hauptverhandlung[11]) zugegen sein, sondern auch die Verteidigung führen[12]). Seine Gegenwart ist notwendige prozessuale Voraussetzung[13]).

IV. In den Sachen, in denen nach § 140 St.P.O. die Verteidigung notwendig ist, ist sie es nur in erster nicht auch in der höheren Instanz[14]). Das geht schon aus § 140 St.P.O. hervor. Die Sachen, in denen eine Verteidigung nach § 140 notwendig ist, gehen an das Reichsgericht[15]) als die höhere Instanz. Nach § 140 ist aber nur vor dem Reichsgericht in erster Instanz die Verteidigung notwendig[16]). Findet bei Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 410 St.P.O. eine neue Hauptverhandlung statt, so ist, wenn § 140 St.P.O. zutrifft, die Verteidigung wieder notwendig, ebenso wenn nach § 394 St.P.O. die Sache in die erste Instanz zurückverwiesen wird.

## § 47.

## Die Thätigkeit des Verteidigers im einzelnen.

I. Der Verteidiger soll, wie § 145 St.P.O. sagt, „die Verteidigung führen"; was das heisst, ergiebt sich im allgemeinen aus seiner Aufgabe, jede rechtlich nicht begründete, den Beschuldigten drückende Massregel und jede zu schwere Verurteilung zu hindern. Was dazu

---

teidigung oder in den Fällen des § 140 Z. 2, in denen der Beschuldigte bezw. sein Vertreter auf die Mitwirkung des Verteidigers verzichten kann, fällt nicht unter § 145 St.P.O. Jedoch wird man in den Fällen des § 140 Z. 2 unter Umständen den Verzicht sowohl des Beschuldigten als seines gesetzlichen Vertreters erfordern müssen, soll von einer Bestellung nach § 145 abgesehen werden. Vgl. z. B. R. II, 764. E. II, 104.

[11]) Über den Beginn der Hauptverhandlung unten. Tritt das Gericht in dem zur Verkündung des Urteils anberaumten Termin nochmals in die Verhandlung ein, so ist diese Verhandlung Hauptverhandlung, es bedarf also z. B. in Fällen notwendiger Verteidigung der Anwesenheit des Verteidigers; eventuell ist dem Anklagten ein Verteidiger zu bestellen. Vgl. auch G. 44, 272.

[12]) Über das „Verteidigung führen" unten.

[13]) Es genügt, abgesehen von § 138 Abs. 2 St.P.O., wenn von mehreren Verteidigern desselben Beschuldigten einer erscheint. Vgl. auch St.P.O. § 377 Z. 5 und E. II, 104, XVI, 32, XVIII, 361, R. II. 764, VII, 467, IX, 243. Auch in der höheren Instanz kann nach § 141 ein Verteidiger bestellt werden. Für das Revisionsgericht wird eine Bestellung selten erforderlich werden, möglich ist sie immerhin.

[14]) Vgl. Löwe 11a zu § 140 St.P.O., John I, 995, Ullmann 247, a. M. v. Kries 236, sowie E. XXII, 97.

[15]) Abgesehen von § 123 Abs. 3 G.V.G.

[16]) Nach § 390 St.P.O. ist eine Benachrichtigung des Verteidigers nur „auf Verlangen des Angeklagten" erforderlich, nicht, wie es doch anderenfalls erforderlich wäre, von Amts wegen.

notwendig ist, hängt von der Lage des einzelnen Falles ab[1]). Keineswegs folgt aus der Pflicht zur Führung der Verteidigung die Pflicht, in jedem Falle, auch gegen seine Überzeugung, auf Freisprechung hinzuwirken. Inwieweit in der Erklärung, nichts zu Gunsten des Beschuldigten anführen zu können, eine „Führung" der Verteidigung ist, ist im einzelnen Fall zu entscheiden[2]). Überall steht der gewählte dem bestellten Verteidiger gleich.

II. a) Selbstverständlich hat sich der Verteidiger über die Beschuldigung und den Stand der Sache zu unterrichten. Dazu hat er nach § 147 St.P.O. das Recht der Akteneinsicht, das in den verschiedenen Prozessabschnitten jedoch verschieden bemessen ist. Vor Erhebung der öffentlichen Klage[3]) besteht es überhaupt nicht[4]). Ist Klage[5]) erhoben durch Einreichung einer Anklageschrift[6]), so steht dem Verteidiger die Einsicht der „dem Gericht vorliegenden Akten[7]) zu, und zwar „bei dem Gerichte"[8]).

---

[1]) Unter Umständen ist die Thätigkeit des Verteidigers eine lediglich abwartende und beobachtende. „Ein Verteidiger, der bereits im Vorverfahren eingetreten ist, kann die Verteidigung in der brillantesten Weise geführt haben, auch ohne dass er irgend einen Antrag gestellt oder irgend ein weiteres Wort gesagt hat, als am Schlusse der Hauptverhandlung: Ich habe nichts anzuführen." John I, 955, auch Löwe 2 zu § 145 St.P.O.

[2]) Es kann in solcher Erklärung eine Weigerung, die Verteidigung zu führen, liegen. Löwe 6 zu § 145 St.P.O., v. Kries 245.

[3]) Dasselbe gilt für die Privatklage. Vor der Klage ist das Verfahren noch nicht gerichtshängig. Vgl. darüber unten.

[4]) Über die Anwesenheit des Verteidigers bei im Ermittelungsverfahren vorgenommenen richterlichen Untersuchungshandlungen vgl. § 167 St.P.O. und John I, 1023. Ist der Verteidiger nicht anwesend gewesen, so sind die Akten, die an den Staatsanwalt gehen, bis zur Klage dem Verteidiger entzogen. Der § 147 Abs. 3 ist nicht zu verstehen, als könne der Verteidiger diese Akten auch von der Staatsanwaltschaft verlangen. Das Akteneinsichtsrecht schafft nur ein Rechtsverhältnis zwischen Verteidiger und Gericht, nicht aber auch dem Staatsanwalt gegenüber. Vgl. John I, 1023, Löwe 5a zu § 147 St.P.O., a. M. zum Teil v. Kries 243.

[5]) Das gilt auch für die Klage der Verwaltungsbehörde, § 464 St.P.O., und die Privatklage, § 414 ff. St.P.O.

[6]) Über die Arten der Klageerhebung vgl. unten.

[7]) Aus § 147 Abs. 4 St.P.O. geht hervor, dass Akten nicht allein Schriftstücke sind, sondern auch die Beweisgegenstände, auf die sich die schriftlichen Akten beziehen. Dem Gericht liegen vor auch die staatsanwaltschaftlichen Akten, die bei der Anklageerhebung dem Gericht mit eingereicht werden. Vgl. noch v. Kries 243.

[8]) D. h. an der Gerichtsstelle; vgl. noch M. III, 436, V, 332. Vgl. aber § 145 Abs. 4. Man denke an sehr umfangreiches Aktenmaterial, das an Gerichtsstelle zu studieren dem Verteidiger schwer werden würde. Der „Vorsitzende", den Abs. 4 meint, kann nur der des erkennenden Gerichts sein; es wird also vorausgesetzt von Abs. 4, dass das Hauptverfahren bereits eröffnet ist. Ob in der Voruntersuchung der Verteidiger Akten in die Wohnung bekommen soll, entscheidet der Untersuchungsrichter. So auch Löwe 7 zu § 147. „Überführungsstücke" sind alle im Prozess zur Belastung des Beschuldigten dienenden Gegenstände. Vgl. noch Löwe 9 zu § 147.

Anders, wenn die Klage die Führung einer Voruntersuchung nach sich zieht. Während der Voruntersuchung kann der Untersuchungsrichter die gerichtlichen Voruntersuchungsakten einsehen lassen[9]). Nur bestimmte Protokolle sind, soweit sie das Gericht in Händen hat[10]), zu jedem Zeitpunkt des Prozesses nach § 147 Abs. 3 dem Verteidiger zugänglich[11]).

b) Der Information des Verteidigers dient auch das Recht auf schriftlichen und mündlichen Verkehr mit dem Beschuldigten. Es ist völlig unbeschränkt nach § 148 St.P.O. nur, wenn der Beschuldigte sich nicht in Untersuchungshaft[12]) befindet, anderenfalls steht bis zu dem von § 148 Abs. 2 und 3 angegebenen Zeitpunkte[13]) dem Gericht eine Aufsicht zu, die ausgeübt werden kann[14]), aber nicht muss.

b) Der Verteidiger hat das Recht, bestimmten Untersuchungshandlungen selbst beizuwohnen. Das Recht besteht schon gemäss § 167 St.P.O. in dem der Anklage vorausgehenden Ermittelungsverfahren und unabhängig von dem Willen des Beschuldigten für richterliche Verhandlungen, vorausgesetzt, dass der Beschuldigte entweder „als solcher" vom Richter vernommen ist, oder sich, obwohl noch nicht vom Richter vernommen, in Untersuchungshaft befindet[15]). Welche Verhandlungen § 167 St.P.O. meint, ergiebt sich

---

[9]) Er soll es, soweit es „ohne Gefährdung des Untersuchungszweckes geschehen kann". Vgl. dazu John I, 955, 1024, Löwe 6, Stenglein 7 zu § 147 St.P.O.

[10]) Ohne Unterschied, ob es richterliche oder staatsanwaltschaftliche sind.

[11]) Vgl. dazu § 167 Abs. 2, 191, 193 St.P.O. Ein Anspruch auf sofortige Einsicht ist nicht gegeben. Löwe 5b zu § 147.

[12]) Über sie unten. Der § 148 spricht nur vom Verhafteten, nicht auch von dem vorläufig Festgenommenen, vgl. § 127 St.P.O. Ebensowenig hat § 148 die Strafhaft im Auge; Löwe 1 zu § 148.

[13]) Über die Eröffnung des Hauptverfahrens vgl. § 201 St.P.O. Auch dann trifft der Wortlaut des § 148 zu, wenn der Beschuldigte zwar verhaftet ist, aber nicht wegen der That, derentwegen der Verteidiger mit ihm verkehren will. A ist z. B. wegen Diebstahlsverdacht verhaftet. Während der Haft wird wegen einer Beleidigung gegen ihn vorgegangen, und für den Beleidigungsprozess wählt sich der A einen Verteidiger. Ob das Gesetz auch solche Fälle treffen wollte, ist allerdings zweifelhaft. Vgl. noch Löwe 4 zu § 148.

[14]) Aufsichtsberechtigt ist je nach dem Prozessstand nur der Amtsrichter, der Untersuchungsrichter oder das Gericht, das über die Eröffnung zu beschliessen hat. Zu den „schriftlichen" Mitteilungen gehören auch Packete u. s. w. Vgl. noch Löwe 6 zu § 148, Während Abs. 3 bei sog. Fluchthaft nicht Anwendung findet, sondern nur bei sog. Kollusionshaft (vgl. darüber unten) macht Abs. 2 die Unterscheidung nicht. Die „Gerichtsperson" ist unter Umständen befugt, die Unterhaltung abzubrechen. Stenglein 4 zu § 148.

[15]) Näheres unten beim Ermittelungsverfahren.

aus dem Hinweis auf die Voruntersuchung. Zugänglich sind weiter die Beweisverhandlungen der §§ 222, 223, 224 St.P.O. Für das richtige Verständnis, insbesondere der §§ 167 und 191 ff. ist zu beachten, dass das Gesetz davon ausgeht, dem Beschuldigten und dem Verteidiger müsse im Interesse des Untersuchungszweckes die Kenntnis der Voruntersuchungsverhandlungen möglichst entzogen werden[16]. Die Sätze sind also Ausnahmesätze. Daraus folgt, dass die Aufzählung der richterlichen Verhandlungen eine ausschliessliche ist, der Richter nur bei ihnen die Anwesenheit gestatten kann[17]. Man hat jene Ausnahmen gemacht, weil es sich regelmässig um Beweisaufnahmen handelt, deren Wiederholung in der Hauptverhandlung nicht stattfindet. Die Protokolle über die Beweisaufnahme sollen in der Hauptverhandlung den Ersatz für die Beweiserhebung selbst bilden[18]. Weil aber in der Hauptverhandlung die Gegenwart des Beschuldigten und seines Verteidigers erforderlich ist, sollen sie auch bei jenen vorweggenommenen Beweisakten gegenwärtig sein dürfen[19]. Sie werden deshalb nach § 191 Abs. 3 vom Termin benachrichtigt, „soweit dies ohne Aufenthalt für die Sache geschehen kann"[20]. Die Beweisaufnahme ist für die Hauptverhandlung benutzbar, auch wenn die Berechtigten nicht erscheinen.

## § 48.

### Die Thätigkeit des Verteidigers (Fortsetzung).

I. Als man die Rechte der Verteidigung in mannigfacher Weise einschränkte, war man der Ansicht, dass dies dadurch ausgeglichen

---

[16]) Vgl. besonders John II, 398 und 505.

[17]) John II, 505, Löwe Ia zu § 191: a. M. H. H. I, 469, Stenglein 12 zu § 191, z. Teil auch v. Kries 497. Ein Rechtsmittel gegen das Urteil wäre auf die trotzdem erfolgte Zulassung nicht zu stützen.

[18]) Man hat diese Beweisverhandlungen geradezu vorweggenommene Teile der Hauptverhandlung genannt. Es gelten aber nicht alle Regeln, die auf die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung Anwendung finden. Die Anwesenden haben z. B. kein eigenes Fragerecht nach § 239 St.P.O. Vgl. aber John II, 507, v. Kries 376, Glaser I, 380, II 397, H. H. I, 482. Der Verteidiger u. s. w. kann nur, ohne selbst frageberechtigt zu sein, den Richter um Stellung bestimmter Fragen bitten; Löwe 3, Stenglein 4 zu § 191. Ein förmliches Antragsrecht hat keiner der Anwesenden. Auch § 145 St P.O. gilt für § 191 nicht. Löwe Ia zu § 223 ist bezüglich des Fragerechts anderer Ansicht als bei § 191. Vgl. auch v. Kries 530. Der Wortlaut des Gesetzes zwingt zu einer derartigen Auffassung hier ebenso wenig wie in § 191.

[19]) Sie haben das Recht, aber nicht wie in der Hauptverhandlung selbst, die Pflicht.

[20]) Ähnlich § 223 St.P.O. Sie werden nicht wie bei der Hauptverhandlung geladen. Näheres unten bei der Voruntersuchung.



würde, dass man ein weitgehendes Recht auf Teilnahme an der Hauptverhandlung für den Verteidiger schuf[1]).

a) Der Verteidiger wird nach § 217 St.P.O. zur Hauptverhandlung geladen, wobei aber unterschieden wird zwischen dem bestellten, der stets, dem gewählten, der nur dann geladen werden muss, wenn seine Wahl dem Gericht angezeigt wurde[2]).

b) Die Thätigkeit des Verteidigers in der Hauptverhandlung hängt vom Einzelfall ab. Bestimmte Rechte sind ihm ausdrücklich gegeben[3]), z. B unabhängig vom Willen des Angeklagten nach § 239 St.P.O. das Fragerecht gegenüber Zeugen und Sachverständigen, das Recht auf das Kreuzverhör nach § 238 St.P.O., das Recht, auf die Vorträge der Staatsanwaltschaft zu antworten nach §§ 257, 299 St.P.O., das Recht, nach § 145 St.P.O. Aussetzung der Verhandlung zu beantragen[4]).

II. Nach § 139 St.P.O. hat der Verteidiger ein Substitutionsrecht, d. h. ein Recht, mit der Wahrnehmung der Verteidigung eine andere Person zu beauftragen.

a) Dies Recht hat nur der Wahlverteidiger, der zugleich Rechtsanwalt ist. Der § 139 will aber nicht anordnen, dass in allen übrigen Fällen der Wahl Substitution unzulässig sei. Er sagt nur, dass der nach § 139 St.P.O. Substituierte[5]) zugelassen werden muss, andere Substituten zugelassen werden können, falls nicht § 138 Abs. 2 hindert. Der nach § 139 Substituierte bedarf nicht der Genehmigung des Gerichts, wohl aber der Genehmigung[6]) des Verteidigten[7]) selbst.

---

[1]) Man bemass es selbst weiter als das des Beschuldigten. Vgl. § 246 und § 238 St.P.O.

[2]) Näheres unten bei der Vorbereitung der Hauptverhandlung.

[3]) Vgl. über alle diese Punkte näheres bei der Hauptverhandlung.

[4]) Nur der bestellte Verteidiger hat dies Recht nach § 145 Abs. 2; R. IX, 243, E. XVI, 32. Das Gericht muss im Falle des § 145 aussetzen; in allen übrigen Fällen, also auch auf Antrag des Wahlverteidigers, kann es dies thun; §§ 227, 228 St P.O. Vgl. Löwe 8 zu § 145; a. M. v. Kries 246. Vgl. noch E. I, S. 235.

[5]) Der Rechtskundige muss im Justizdienst, und zwar dem Vorbereitungsdienst (nicht Verwaltungsdienst, § 2 Abs. 4 G.V.G.) beschäftigt sein, nicht nur gewesen sein. Beschäftigung beim Staatsanwalt ist Justizdienst. Löwe 5 zu § 139 St.P.O. Ob der Rechtskundige die Verteidigung übernehmen darf, richtet sich nach seinen allgemeinen Dienstpflichten. Der § 139 spricht vom „Angeklagten". Danach wäre Substitution erst nach Eröffnung des Hauptverfahrens möglich, vgl. § 155 St.P.O. So auch Löwe 4 zu § 139. Dagegen mit Recht John 1, 982, Stenglein 3 zu § 139.

[6]) A. M. v. Kries 245. Sie braucht eine ausdrückliche nicht zu sein. Sie ist z. B. anzunehmen, wenn der Beschuldigte mit dem Substituten erscheint; Löwe 1 zu § 139. Der sog. Generalsubstitut, der allgemeine Stellvertreter des Rechtsanwalts, ist solange zur Führung der Verteidigung befugt, als der Beschuldigte nicht das Gegenteil erklärt. Er braucht also nicht, wie der andere Substitut, die Genehmigung des Angeklagten beizubringen. Vgl. auch E. IX, 279, X, 591, R. V, 591.

[7]) Vgl. auch Löwe 2c zu § 144 St.P.O. Der sog. Generalsubstitut steht auch hier anders; John I, 983. Anders liegt der Fall, wenn der Beschuldigte erklärt, er wähle den Substituten; taugliche Wahl macht die Bestellung hinfällig nach § 143 St.P.O. Vgl. oben und E. IX, 279, auch noch R. V, 243.

b) Die Stellung des bestellten Verteidigers ist eine andere. Der bestellende Richter bestellt denjenigen, zu dem er Vertrauen hat. Ein vom Willen des Gerichts unabhängiges Substitutionsrecht besteht nicht[8]).

III. Der § 150 St.P.O. schafft ein Recht auf Gebühren aus der Staatskasse, wobei Abs. 2 des § 150 einen Rückgriff an den in die Kosten nach § 497 ff. St.P.O. verurteilten Angeklagten ausdrücklich vorbehält.

Der § 150 spricht von dem zum Verteidiger bestellten Rechtsanwalt, ohne zwischen Fällen notwendiger und nicht notwendiger Verteidigung zu unterscheiden[9]). Bei der Wahlverteidigung ist die Gebührenfrage Sache der Vereinbarung des Wählenden mit dem Gewählten. Selbst bei notwendiger Verteidigung erwirbt der Wahlverteidiger der Staatskasse gegenüber keinen Gebührenanspruch[10]).

IV. Aus der allgemeinen Pflicht des Verteidigers zur Führung der Verteidigung ergiebt sich für ihn die Pflicht, in der Hauptverhandlung zu erscheinen, sich nicht unzeitig aus ihr zu entfernen und sich nicht zu weigern, die Verteidigung in ihr zu führen. Die Erfüllung dieser Pflichten wird durch Androhung der von § 145 Abs. 3 genannten Nachteile gesichert. Aber diese Nachteile treffen nur den bestellten Verteidiger und den Wahlverteidiger in Fällen der notwendigen Verteidigung. Mögen die gleichen Pflichten auch dem Wahlverteidiger bei nicht notwendiger Verteidigung obliegen, die Androhungen des § 145 beziehen sich auf ihn nicht[11]).

---

[8]) Vgl. die Gebührenordnung für Rechtsanwälte vom 7. Juli 1879, §§ 63—75, aber auch § 39 Abs. 2 R.A.O. und § 479 St.P.O., Löwe 2a zu § 150, wo auch Literaturangaben sich finden.

[9]) Vgl. R. V, 743. Das Recht auf Gebühren wird nicht schon durch die Bestellung, sondern erst durch die ordnungsmässige Führung der Verteidigung erworben. Nach § 496 Abs. 2 St.P.O. können die notwendigen Auslagen des freigesprochenen u. s. w. Beschuldigten auf die Staatskasse übernommen werden. Über die Notwendigkeit entscheidet das Gericht, vgl. § 496 Abs. 3 St.P.O.; vgl. John I, 1030. Das Gericht wird nicht ohne weiteres den zwischen Beschuldigten und Wahlverteidiger ausgemachten Betrag, sondern die gesetzliche Taxe (12 Mark beim Schöffen-, 20 bezw. 40 Mark beim Land- bezw. Schwurgericht) ansetzen. Der Verteidiger hat nach § 150 die Gebühren für die Instanz, für die er bestellt ist, zu beanspruchen, nicht ohne weiteres die Gebühr für die Begründung des Rechtsmittels gegen das erstinstanzliche Urteil. Löwe 2b zu § 150 St.P.O. Dass auch die Wahl durch einen civilrechtlich nicht Verpflichtungsfähigen den Gebührenanspruch entstehen lässt, wird nicht bestritten. Vgl. auch v. Kries 247 und oben § 39 Anm. 9.

[10]) Vgl. auch E. II, 104, R. II, 64.

[11]) Untersteht er, wie der Rechtsanwalt oder der Justizbeamte Disziplinargesetzen, so ist auch ihm gegenüber „dienstliche Ahndung" möglich. Der § 145 bezieht sich nur auf die Hauptverhandlung. Da in früheren Prozessabschnitten die Gegenwart des Verteidigers keine notwendige ist, werden Aussetzungen wegen seines Ausbleibens u. s. w. nicht vorkommen. Disziplinierung ist auch hier möglich. Vgl. auch § 162 St.P.O., § 182 G.V.G., John I, 1025, Löwe zu § 145. „Dienstliche

Unzeitig ist die Entfernung des Verteidigers, wenn sie erfolgt vor Schluss der Hauptverhandlung. Der Verteidiger darf also nicht etwa gehen, wenn er seine Schlussvorträge beendet hat und das Gericht zur Urteilsfindung sich zurückzieht. Seine Gegenwart z. B. bei der Urteilsverkündung ist nötig, weil noch bei ihr sich Veranlassung zur Anfechtung des Urteils ergeben könnte[12]). Nicht jedes kurze Verlassen der Sitzung ist aber eine unzeitige „Entfernung"[13]).

V. Ausdrücklich wenden sich an den Verteidiger §§ 180 ff. G.V.G. Weiter verleiht § 162 St.P.O. ganz allgemein dem Beamten im Ermittelungsverfahren, also auch z. B. dem Staatsanwalt, zum Schutze gegen Störungen eine Disziplinargewalt[14]).

VI. Die Bekanntmachung gerichtlicher Entscheidungen durch Zustellung und Verkündung erfolgt grundsätzlich an den Beschuldigten selbst[15]); Bekanntmachung an den Verteidiger kann grundsätzlich die an den Beschuldigten nicht ersetzen, sondern nur wenn der Verteidiger zum Empfang vom Beschuldigten Vollmacht erhalten hat. Dagegen hat der Verteidiger unter Umständen Anspruch auf besondere Ladung bezw. Benachrichtigung zu Terminen[16]).

## § 49.

### II. Der gesetzliche Vertreter, der Vertreter und der Beistand des Beschuldigten.

I. Der gesetzliche Vertreter hat im Strafprozess selbständige, vom Willen des Beschuldigten unabhängige Rechte[1]). Wer als „gesetz-

---

Ahndung" ist auch neben der Auflegung der Kosten möglich; Löwe 11 zu § 145 St.P.O. Die Auflegung der Kosten erfolgt durch Gerichtsbeschluss. Die Kosten der Aussetzung trägt jedenfalls der Verteidiger, der sie verschuldete. Er kann nicht einwenden, sie sei nicht „erforderlich" gewesen, es hätte etwa sogleich ein anderer Verteidiger bestellt werden können. Löwe 9 zu § 145.

[12]) Etwa weil die Bestimmungen über die Öffentlichkeit der Verkündung verletzt sind. Vgl. noch z. B. E. II, 104, R. II, 64. Aus der unzeitigen Entfernung der Verteidiger kann die Staatsanwaltschaft und der Beschuldigte Grund zur Anfechtung des Urteils aus § 377 Z. 5 St.P.O. nehmen. In den Fällen des § 145 ist die Anwesenheit des Verteidigers in der ganzen Hauptverhandlung notwendige Prozessvoraussetzung, es sei denn, dass es sich um Fälle handelt, in denen der Verteidigte auf Anwesenheit des Verteidigers rechtswirksam verzichtet hat, also z. B. um einen Fall des § 140 Z. 2; vgl. oben. Vgl. noch R. II, 764, VII, 468 und v. Kries 246.

[13]) Vgl. E. I, 235, v. Kries 246, Löwe 4 zu § 145 St.P.O., a. M. Stenglein 2 zu § 145.

[14]) R. X, 484 und E. XIX, 390.

[15]) Natürlich abgesehen von den Entscheidungen, die den Verteidiger selbst angehen, wie etwa solche aus § 145 Abs. 3 St.P.O.

[16]) Vgl. z. B. §§ 217, 223 St.P.O.

[1]) Der gesetzliche Vertreter und der Vertreter (vgl. z. B. St.P.O. § 370) sind auseinander zu halten. Vgl. noch Glaser II, 248. v. Kries stellt den gesetzlichen Vertreter unter die Nebenparteien, ein Begriff, mit dem strafprozessual nicht viel anzufangen ist. Der gesetzliche Vertreter ist im Prozess grundsätzlich nicht Vertreter des Beschuldigten; v. Kries 225.

licher Vertreter“ anzusehen ist, hat die St.P.O. nicht bestimmt; der Begriff ist insbesondere dem bürgerlichen Recht zu entnehmen[2]). Auf das Geschlecht des gesetzlichen Vertreters kommt es nicht an. Bei Entscheidung der Frage, ob jeder „gesetzliche Vertreter“ die strafprozessualen Rechte habe, ist davon auszugehen, dass die Prozessbefugnisse gegeben sind, damit er die mangelnde prozessuale Einsicht des Vertretenen ergänze. Das trifft nur zu bei den gesetzlichen Vertretern von Minderjährigen und Geisteskranken, nicht auch bezüglich des gesetzlichen Vertreters eines wegen Verschwendung Entmündigten[3]).

a) Der gesetzliche Vertreter ist nicht in jeder Beziehung Stellvertreter des Beschuldigten, seine Handlungen vermögen nicht die des Beschuldigten zu ersetzen; auch bedürfen die Handlungen des Beschuldigten nicht der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters[4]).

b) Der gesetzliche Vertreter kann nach § 137 Abs. 2 St.P.O. unabhängig vom Willen des Beschuldigten einen Verteidiger wählen. Seine Wahl hat gegenüber der Bestellung die gleiche Bedeutung wie die des Beschuldigten[5]). Als Vormund eines Minderjährigen[6]) muss er nach § 149 St.P.O. als Beistand[7]) zugelassen werden. Dem gesetzlichen Vertreter des jugendlichen Angeklagten ist das Urteil auf Unterbringung in eine Besserungsanstalt gemäss § 268 St.P.O. zuzustellen. Endlich hat er das Recht, nach § 340 St.P.O. binnen der dem Vertretenen laufenden Frist[8]), Rechtsmittel einzulegen, sowie zu Gunsten des Verurteilten nach § 405 St.P.O. die Wiederaufnahme des Verfahrens zu beantragen[9]). Von Amts wegen wird der gesetzliche Vertreter nicht zugezogen. Not-

---

[2]) Massgebend ist nicht ohne weiteres das Recht des Gerichtsorts, sondern der Ort der gesetzlichen Vertretung. Begeht etwa ein Franzose in Berlin einen Diebstahl, so ist die Frage, wer sein gesetzlicher Vertreter ist, grundsätzlich nach französischem Recht zu beurteilen. Vgl. noch v Kries 224.

[3]) So auch Löwe 3b zum 11. Abschn. I. Buch St.P.O.; a. M. John I, 970, bes. 973, Köhler im G.S. LIII, 171, Glaser II, 249, v. Kries 224, Ullmann 259. Über die Bedeutungslosigkeit der väterlichen Gewalt über Grossjährige R. I, 651, VII, 631. Vgl. auch § 1901 B.G.B.: „Der Vormund hat für die Person des Mündels nur insoweit zu sorgen, als der Zweck der Vormundschaft es erfordert.“

[4]) Löwe 3a zu 11. Abschn. I. Buchs St.P.O.

[5]) John I, 974, Glaser II, 249. Er kann sich eventuell selbst zum Verteidiger wählen; Löwe 3d zu 11. Abschn. I. Buchs St.P.O.

[6]) Nicht eines Geisteskranken oder etwa der Vormund eines grossjährigen Stummen nach § 84 Pr. Vorm.-Ordn. Vgl. noch die Vormundschaft über Volljährige nach § 1896 ff. B.G.B.

[7]) Vgl. über den Beistand unten zu III.

[8]) Anders im Falle des § 268 St.P.O. Die Rechtsmittelfrist läuft erst vom Augenblick der Zustellung an den gesetzlichen Vertreter.

[9]) Vgl. E. V, 50. Bei der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wird er nicht genannt. Dem gesetzlichen Vertreter ist mehrfach der Ehemann der Beschuldigten gleichgestellt; §§ 149, 340, 405 St.P.O. Vgl. noch §§ 401, 322, 328, wo anderen „Angehörigen“ Rechte gegeben werden.

wendige prozessuale Voraussetzung ist nur, dass er, wenn er sich am Verfahren beteiligen will, nicht daran gehindert wird[10]).

c) Der gesetzliche Vertreter ist nach § 65 St.G.B. zur Stellung des Strafantrages befugt und kann nach § 414 St.P.O. die Privatklage für den Vertretenen erheben.

II. Eine ganz andere Stellung nimmt der Vertreter ein. Er hat nicht selbständige Rechte neben dem Beschuldigten[11]), sondern übt Rechte des Beschuldigten an dessen Statt aus[12]).

Aus den §§ 370 und 233 St.P.O.[13]) ergiebt sich, dass der Vertreter der für den abwesenden[14]) oder nicht anwesenden[15]) Angeklagten auftretende Verteidiger ist, und weiter, dass eine Vertretung nur[16]) in der Hauptverhandlung möglich ist. Der zur Verteidigung Fähige ist auch zur Vertretung fähig[17]).

a) Nach § 427 St.P.O. ist die Vertretung des nicht anwesenden[18]) Privatbeklagten nur einem Rechtsanwalt gestattet.

b) Nach § 322 St.P.O. sind zur Vertretung des nicht erschienenen Angeklagten dessen Angehörige befugt, ohne einer Bevollmächtigung zu bedürfen[19]).

c) Der Vertreter hat die Rechte, die dem Angeklagten selbst zustehen. Er

---

[10]) R. VII, 377, E. V, 61.

[11]) John I, 969, a. M. v. Kries 234. Vom Vertreter des Privatklägers wird hier abgesehen; § 418 St.P.O.

[12]) Dem Wesen des Strafprozesses entspricht es, dass im Gegensatz zum Civilprozess, eine Vertretung nur ausnahmsweise zulässig sein kann, deshalb sind die Sätze der St.P.O. hier sehr eng auszulegen; Ullmann 240.

[13]) Vgl. noch §§ 232, 233, 322, 370, 390, 427, 451 u. s. w. St.P.O.

[14]) Wer „abwesend“ ist, sagt § 318 St.P.O.; vgl. noch unten.

[15]) Das ist nicht dasselbe. Vgl. hier §§ 232, 233 und näher unten.

[16]) Nur in den Fällen der §§ 324 und 328 handelt es sich um Wahrnehmung von Rechten für den Beschuldigten ausser der Hauptverhandlung.

[17]) In den Fällen notwendiger Verteidigung wird eine Vertretung selten stattfinden, da Anwesenheit des Beschuldigten regelmässige Prozessvoraussetzung ist. Es kann aber z. B. im Wege der Verbindung eine Sache, in der das nicht der Fall ist, vor das Schwurgericht kommen. Auch können Fälle des § 231 St.P.O. vor die Strafkammer gehören, und nach § 140 eine Verteidigung notwendig sein. Vgl. auch John I, 970. Wer Frauen als zur Führung der Verteidigung unfähig ansieht, muss ihnen auch die Vertretungsbefugnis versagen. Das führt bezüglich der Vertretungsbefugnis der Angehörigen dahin, dass die Frau des Angeschuldigten, auch wenn männliche Angehörige nicht vorhanden sind, zur Vertretung unfähig ist.

[18]) Auch hier liegt nicht notwendige „Abwesenheit“ vor. Vgl. noch § 429 Abs. 1 St.P.O.

[19]) Vgl. dagegen z. B. §§ 233, 427 St.P.O.

kann gestehen [20]), Anträge stellen, wirksam auf Rechte verzichten, Rechtsmittel einlegen [21]), soweit der Beschuldigte selbst es könnte.

d) Dass der zur Vertretung Berechtigte in der Hauptverhandlung zugelassen wird, und zwar mit den Rechten des Beschuldigten, ist notwendige prozessuale Voraussetzung. Ungerechtfertigte Zurückweisung oder Verkürzung seiner Rechte würde Anfechtung des Urteils mit Rechtsmitteln nach § 377 Z. 5 bezw. Z. 8 rechtfertigen.

III. Eine andere Stellung hat der Beistand des Beschuldigten. Als Beistände kommen nur die von § 149 St.P.O. ausschliesslich Aufgezählten in Frage [22]). Sie haben das Recht, gehört zu werden [23]).

a) Sein Recht ist ein selbständiges, vom Willen des Angeschuldigten unabhängiges. Es steht im Ermessen des Berechtigten, ob er erscheinen und ob er Gehör verlangen will [24]). Das Recht ist ihm aber nur für die Hauptverhandlung und zwar in allen Instanzen, gegeben; es ist notwendige prozessuale Voraussetzung, dass der Erschienene zugelassen, der Zugelassene auf seinen Willen hin gehört werde [25]).

---

[20]) Natürlich wird, wie beim Angeklagten, das Geständnis vom Gericht auf seine Wahrheit hin geprüft.

[21]) Diese Befugnis wird von § 324 nur dem Vertreter des „Abwesenden" gegeben, ausserdem den in § 340 Genannten. Anders nach § 233, wo es sich nicht um „Abwesenheit" handelt. In diesem Falle sind zwar die in § 340 Genannten zu Rechtsmitteln berechtigt, der Vertreter aber nur, wenn er dazu ausdrücklich bevollmächtigt ist. Er ist ja Vertreter nur für die Hauptverhandlung; eine dem § 324 entsprechende Bestimmung fehlt. Vgl. noch R. IV, 479, V. 788, III, 175, 602.

[22]) Eine andere Art „Beistand" ist z. B. der des § 427 St.P.O. Der Rechtsanwalt ist hier rechtsverständiger Berater des selbst seine Sache führenden Beschuldigten. Eigene Prozessrechte besitzt er nicht. Er tritt nicht wie der Beistand des § 149 in ein Verhältnis zum Gericht, sondern zur Partei. Er ist gar nicht „bei der Verhandlung beteiligt" (vgl. § 180, aber auch § 179 G.V.G.). Er „tritt nicht bei dem Gericht auf" (§ 100 R.A.O.). Beistand nach § 427 (auch § 418) könnte auch der beim Reichsgericht zugelassene Rechtsanwalt sein. Neben dem Beistand nach § 428 ist auch ein solcher nach § 149 denkbar.

[23]) Den Gegensatz dazu bildet die Antragsbefugnis. Der § 86 Abs. 2 C.P.O. ist in die St.P.O. nicht aufgenommen. Der Beistand kann also Beweiserhebung bei Gericht nicht beantragen, sondern nur in Anregung bringen. Ablehnung solcher Anregungen braucht das Gericht nicht durch Beschluss auszusprechen. Vgl. § 245 St.P.O. und unten. Ein Recht, Richter u. s. w. abzulehnen, hat der Beistand nicht. Löwe 3 zu § 149 St.P.O.; v. Kries 225 behandelt den „Beistand" als Nebenpartei.

[24]) Der Beistand nach § 149 erscheint mit dem Beschuldigten kraft eigenen Rechtes und mit eigenen Rechten ausgestattet; der des § 427 mit dem Beschuldigten kraft Wunsches desselben ohne eigene Rechte. Der Beistand des § 149 hat ein Recht zu erscheinen, der Beschuldigte ein Recht, den Beistand des § 427 mitzubringen.

[25]) Vgl noch R. III, 607. Die Zulassung eines Beistandes in den Fällen der §§ 222, 224 St.P.O. liegt im Ermessen des Richters Vgl. auch § 149 Abs. 3 St.P.O., a. M. Stenglein 2, Löwe 5a zu § 149 St.P O. Der Beistand als solcher hat kein Recht, selbständig seine Nichtzulassung durch Rechtsmittel zu rügen. Die Beistände nach § 149 werden aber oft ein selbständiges Rechtsmittelrecht nach § 340 haben. Jedenfalls kann der Angeklagte nach § 370 Z. 8 St.P.O. vorgehen. Ebenso ist es

b) Der Beistand kann nur neben dem erschienenen Beschuldigten auftreten[26]). Einen Anspruch auf Ladung zur Hauptverhandlung hat der Beistand nicht[27]); ebenso ist die Beistandschaft niemals eine notwendige[28]).

---

prozessuale Voraussetzung, dass dem nach § 427 (bezw. § 418) mitgebrachten Beistand die Anwesenheit nicht untersagt werde. Ein Recht auf Gehör hat er nicht. Der Hauptverhandlung stehen in dieser Beziehung die Vernehmungen der §§ 222, 224 nicht gleich. A. M. Löwe 4a zu § 149.

[26]) Nach §§ 418 und 427 kann der Beklagte u. s. w. im Beistande eines Rechtsanwalts erscheinen. Auch neben einem Vertreter kann der Beistand auftreten, da der Vertreter in gewissem Umfange den Angeschuldigten repräsentiert. So kann z. B. neben dem Vertreter der Ehemann als Beistand gehört werden. Vgl. noch John I, 975 und 1029.

[27]) Löwe 5b zu § 149. Vgl. aber E. V, 50, R. III, 607.

[28]) R. VII, 377. Dass einer der von § 149 Genannten zugleich Zeuge ist, hindert ihn nicht, Beistand zu sein. Vgl. aber § 242 Abs. 4, E. XXII, 198; a. M. v. Kries 350.

# Zweites Buch.

## Die Mittel zur Sicherung der für das Strafverfahren erforderlichen Gegenstände und der Person des Beschuldigten.

---

### § 50.

### Allgemeines.

I. a) Die Entscheidung über die Verhängung der verschiedenartigen für die Durchführung des Strafverfahrens unentbehrlichen Zwangsmassregeln liegt grundsätzlich in den Händen des unparteiischen Richters. Staatsanwaltschaft und Polizei sind nur in den vom Gesetz ausdrücklich hervorgehobenen Ausnahmefällen zur Entscheidung berechtigt, insbesondere dann, wenn ein Anrufen des Richters wegen des damit verbundenen Zeitverlustes die Durchführung des Strafverfahrens in Frage stellen würde, wenn also „Gefahr im Verzuge" läge. Ist dies nicht der Fall, so hat die Staatsanwaltschaft u. s. w. das Gericht um die Zwangsmassregeln anzugehen.

b) Die Zwangsmassregeln des § 94 ff. St.P.O. sind an ein bestimmtes Prozessstadium nicht gebunden. Die St.P.O. gestattet sie unter Umständen schon vor der Erhebung der Anklage. Sie thut dies aus praktischen Erwägungen, vor allen Dingen deswegen, weil ein Abwarten sehr oft die Durchführbarkeit des Prozesses in Frage stellen würde[1]).

---

[1]) Deshalb sind diese Massregeln darzustellen, ehe mit der Schilderung des Prozessgangs begonnen wird.



c) Die Zwangsmittel der St.P.O. sind von verschiedenem Gewicht. Wo das mildere Mittel genügt, soll das härtere nicht angewendet werden. Kann man die Anwesenheit des Beschuldigten z. B. durch die Ladung gemäss §§ 135, 215 St.P.O. mit Androhung des Zwanges für den Fall des Ungehorsams erlangen, so ist von der Ausübung des Zwanges abzusehen.

II. a) Man bedarf zur Durchführung des Strafverfahrens neben der Person des Beschuldigten regelmässig einer Reihe von Gegenständen oder Personen[2]); vor allem die, welche über irgend eine erhebliche Thatsache dem Richter Beweis erbringen sollen. Die Benutzung dieser Beweisstücke muss dem Gericht gesichert werden. Das ist oft nur möglich, indem man sie dem Inhaber entzieht. Man muss damit rechnen, dass der Inhaber, insbesondere wenn er zugleich der Beschuldigte ist, zu freiwilliger Herausgabe der Sache nicht immer geneigt sein wird. Deshalb mussten Mittel des gesetzmässigen Zwanges geschaffen werden, die die Erlangung derartiger Sachen ermöglichen. Ein solches Mittel ist vor allem die von § 94 ff. St.P.O. geschilderte Beschlagnahme.

b) Solche zwangsweise Beschaffung ist nicht nur bei Beweisstücken erforderlich. Die St.P.O. kennt ausser der Beschlagnahme ein besonderes Verfahren, welches die Einziehung bestimmter Gegenstände[3]) betrifft. Die Durchführung der Einziehung ist selbstverständlich dadurch bedingt, dass man das Einziehungsstück hat. Deshalb muss man sie sich unter Umständen mit Zwang verschaffen.

III. a) Nach der St.P.O. ist eine Aburteilung regelmässig nicht möglich, wenn der Beschuldigte nicht in Person vor dem Richter steht. Das gilt nach § 226 St.P.O. besonders für die Hauptverhandlung der I. Instanz[4]). Ein Versäumnisverfahren kennt die St.P.O. grundsätzlich im Gegensatz zur C.P.O. nicht[5]). Auch da, wo ein Verfahren gegen den ausgebliebenen Angeklagten zulässig ist, ist ein dem § 296 C.P.O. ähnlicher Satz, dass die vorgebrachten Thatsachen als zugestanden angesehen werden sollen, nicht aufgenommen[6]),

---

[2]) Z. B. Zeugen und Sachverständigen; auch gegen sie sind unter Umständen Zwangsmittel gegeben. Darüber vgl. unten beim Beweis.

[3]) Vgl. § 477 ff. St.P.O. und über sie das Nähere unten.

[4]) Für die Berufungsinstanz vgl. § 370 St.P.O. Vgl. noch Glaser II, 202, 296, aber auch z. B. §§ 231, 232, 319, 427, 470 St.P.O.

[5]) Vgl. über das Verfahren nach § 232 St.P.O. schon hier E. X, 135, XII, 46.

[6]) Über § 370 St.P.O. vgl. unten.

schon deswegen nicht, weil regelmässig[7]) eine Verfügung des Angeklagten über das geltend gemachte Strafrecht ausgeschlossen ist. Das Geständnis des Beschuldigten bindet den Strafrichter nicht, es ist, wie überhaupt die Aussage des Beschuldigten, auf seine Wahrheit zu prüfen.

b) Daraus ergiebt sich, dass es grundsätzlich nicht im Belieben des Beschuldigten stehen kann, ob er vor Gericht erscheinen will. Je schwerer die Beschuldigung ist, um so mehr wird der Schuldige bestrebt sein, durch sein Nichterscheinen eine Verurteilung unmöglich zu machen. Deshalb musste die St.P.O. die Anwesenheit des Beschuldigten, unter Umständen schon im voraus für spätere Prozessteile, wenn nötig durch Zwang sichern.

Sie musste davon ausgehen, dass das einfachste und mildeste Mittel, den Beschuldigten zum Erscheinen zu bewegen, die Ladung[8]) oft nicht ausreichen würde, ja dass sie unter Umständen vom Geladenen geradezu als eine Andeutung, dass es jetzt Zeit sei zu fliehen, aufgefasst werden würde

c) Dass der Verdächtige sich der Untersuchung entziehe, ist nicht die einzige zu bekämpfende Gefahr; es ist weiter zu verhüten, dass er seine Freiheit dazu benützt, etwa durch Bestechung von Zeugen oder durch Vernichtung von belastenden Beweisstücken die Beweisführung zu hindern. Auch diese Gefahr lässt sich unter Umständen nur dadurch abwenden, dass man dem Verdächtigen die Freiheit entzieht[9]). Die zu verhängende Haft ist also ein Mittel, durch Erzwingung der Anwesenheit des Beschuldigten oder durch Hinderung einer Störung des Belastungsbeweises seitens des Verdächtigen die Durchführung des Prozesses zu ermöglichen.

IV. Die St.P.O. bezieht sich nur auf das Strafverfahren vor den ordentlichen Gerichten. Nur soweit Zwangsmassregeln für dies Verfahren in Frage kommen, will die St.P.O. gelten. Die Sätze des § 94 St.P.O. gelten also nicht, soweit die ordentlichen Gerichte gar nicht zu Thätigkeit berufen sind, finden also grundsätzlich nicht Anwendung auf Personen, die der ordentlichen Gerichtsbarkeit nicht unterstehen[10]).

---

[7]) Die allgemeine Fassung Johns I, 924 ist nicht zutreffend. In dem Nichterscheinen des Berufungsbeklagten, in der Zurücknahme eines Rechtsmittels liegt unter Umständen eine Disposition.

[8]) Vgl. die §§ 133, 215 St.P.O. und gleich unten.

[9]) Vgl. unten bei der sog. Kollusionshaft.

[10]) Vgl. schon oben.

Sie greifen grundsätzlich ferner nicht Platz, wo es an einer Prozessvoraussetzung, die den Beginn des Verfahrens hindern würde, fehlt. Das Fehlen der vom § 164 St.G.B., von § 11 E.G. z. G.V.G. u. s. w. verlangten Vorentscheidung z. B. hindert auch die Massregeln der St.P.O. Davon ist nur bezüglich des Fehlens des Strafantrags, dem man die Ermächtigung gleichzustellen hat, durch §§ 127, 130 St.P.O. eine ausdrückliche Ausnahme gemacht[11]).

## Erstes Kapitel.

## Sicherung der für den Prozess erforderlichen Gegenstände.

### A. Editionspflicht und Beschlagnahme.

### § 51.

### Die Editionspflicht.

I. a) Zur Durchführung des Prozesses[1]) müssen vor allem auch die Gegenstände in der Hand des Richters sein, die die Führung des Beweises ermöglichen. Hat die Staatsanwaltschaft oder das Gericht die Sachen, etwa das am Thatort gefundene Messer, im Besitz, so liegt die Sache einfach. Man nimmt sie nach § 94 St.P.O. in Verwahrung[2]), oder stellt sie in anderer Weise für den Prozess sicher[3]).

b) Falls das aber nicht der Fall ist, und die, welche solche Sachen in Händen haben[4]), sie nicht freiwillig[5]) für den Prozess überlassen, ist im öffentlichen Interesse unter Umständen eine zwangsweise Sicherung der Sachen für den Prozess geboten. Wann ein solcher zwangsweiser, dem Betroffenen oft sehr lästiger Eingriff zulässig sein soll, wie er auszuführen ist, hat das Gesetz genau bestimmt.

---

[11]) So auch v. Kries 312.

[1]) Vgl. den vorigen § zu IV. Zu anderen, z. B. polizeilichen Zwecken dienende Beschlagnahmen fallen nicht unter § 94 ff. St.P.O.

[2]) Wie das zu geschehen hat, bestimmt die St.P.O. nicht. Die Sachen bilden Bestandteile der „Akten", denen sie beigefügt werden.

[3]) John I, 760, Löwe 1 zu § 94 und 1 zu § 98. Die Bestimmungen der St.P.O. sind keineswegs klar. „Sonstige" Sicherstellung kann z. B. erfolgen, indem man die Sache dem Inhaber lässt und ihm etwa die Verfügung über die Sache untersagt. Man denke an Tiere u. s. w. Vgl. Löwe 3 zu § 94, v Kries 284, E. XVIII, 71, R. X, 443. Vgl. §§ 136, 137 St.G.B.

[4]) Der § 94 Abs. 2 legt das Gewicht auf den Willen des Gewahrsamsinhabers, es bedarf also selbst dann keiner „Beschlagnahme", wenn er dem Willen z. B. des Eigentümers entgegen handelt; das Gericht hat darauf nicht Rücksicht zu nehmen; Löwe 2 zu § 94.

[5]) Freiwillig giebt der heraus, der ohne Widerspruch herausgiebt. Ausdrückliche Erklärung der Einwilligung ist nicht erforderlich; Löwe 2 zu § 94.

c) Gegenstand der Massregeln sind ausser den Beweismitteln[6]) die Sachen, die „der Einziehung unterliegen“[7]).

d) Dass alle diese Massregeln aufzuheben sind, sobald sie nicht mehr notwendig sind, ergiebt sich aus allgemeinen Erwägungen.

II. a) Das Gesetz bestimmt zunächst in § 95 St.P.O. wer verpflichtet sein soll, „Gegenstände der vorbezeichneten Art“ auf Erfordern vorzulegen und auszuliefern. Es schafft eine nach § 95 Abs. 2 St.P.O erzwingbare Editionspflicht, d. h. eine Pflicht, derartige Sachen der zuständigen Behörde auf deren Erfordern vorzulegen und auszuliefern[8]). Diese strafprozessuale Editionspflicht ist nach § 95 St.P.O. keine allgemeine[9]). Der Beschuldigte hat sie nicht[10]), das folgt aus seiner Stellung im heutigen Prozess, die ihn zu nichts verpflichtet, was zu seinen Ungunsten sein könnte[11]); weiter nicht die Personen, die „zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt sind.“ Der § 95 enthält also die wichtige Regel: **Jeder, mit Ausnahme des Beschuldigten[12]) und der in § 51 bis 54 St.P.O. Genannten, ist zur Edition verpflichtet und kann nach § 69 St.P.O. dazu gezwungen werden[13]).**

Die Editionspflicht der in § 96 St.P.O. genannten Behörden und öffentlichen Beamten bezüglich der Akten oder anderer in

---

[6]) Beweismittel können, wie z. B. Zeugen, auch Personen sein; es handelt sich hier nur um die Beweisstücke. Was dahin gehört, ergiebt der einzelne Fall.

[7]) Was der Einziehung unterliegt, bestimmt Landes- und Reichsstrafrecht; vgl. z. B. §§ 40—42 St.G.B. Es ist häufig, dass die Einziehungsstücke zugleich Beweisstücke sind.

[8]) Vgl. John I, 760, auch über den früheren Inquisitionsprozess.

[9]) Über die Editionspflicht im Civilprozess vgl. §§ 386 ff. C.P.O.

[10]) John I, 760, Ullmann 315, Löwe 3a zu § 95. A. M. Binding 116. Aus § 95 Abs. 2 geht hervor, dass eine erzwingbare Editionspflicht für die dort Genannten nicht besteht. Nimmt man schon sie von der Pflicht aus, so kann man die Pflicht dem Beschuldigten nicht auflegen. Ein Zwang kann gegen ihn jedenfalls nicht ausgeübt werden; so auch Binding 117. Bindings abweichende Ansicht erklärt sich dadurch, dass er die Nichterfüllung der Editionspflicht als Voraussetzung der Beschlagnahme ansieht. Wäre der Beschuldigte nicht editionspflichtig, so wäre auch eine Beschlagnahme ihm gegenüber unmöglich. Das ist aber keineswegs der Fall; vgl. darüber unten und Löwe 2 zu § 95, auch Ullmann 316.

[11]) Vgl. schon oben §§ 36, 38.

[12]) Für die zwischen dem verhafteten Beschuldigten und dem Verteidiger mit richterlicher Genehmigung gewechselten Schriftstücke ist Editionspflicht nach der „lex specialis“ des § 148 nicht begründet.

[13]) „Zwangsmittel“ des § 69 sind der von ihm angedrohte Zwang und Strafe; John I, 773, Löwe 6, Stenglein 4, v. Kries 256. A. M. H. H. I, 316. Binding 118. Die Aufhebung der Zwangshaft muss folgen, sobald sie ihren Zweck erfüllt hat, aber auch, wenn sie ihren Zweck nicht mehr erfüllen kann, z. B. weil der Verpflichtete den Gegenstand nicht mehr hat; Löwe 7 zu § 95. Näheres über § 69 unten beim Zeugenbeweis.

amtlicher Verwahrung befindlicher Schriftstücke[14]) ist eine bedingte. Sie besteht nur, sofern nicht die „oberste Dienstbehörde" die von § 96 erwähnte Erklärung abgiebt. Schädigung privater Interessen[15]) hebt also ihre Editionspflicht nicht auf.[16]).

b) Die Editionspflicht bezieht sich nach § 94 St.P.O. auf Sachen, die nach Ansicht der die Edition fordernden Behörde sicher oder doch wahrscheinlich als Beweisstücke und Einziehungsobjekte in Frage kommen. Zwischen belastenden und entlastenden Beweisstücken wird nicht unterschieden.

c) Edition soll nach § 95 St.P.O. auf „Erfordern" erfolgen. Wer sie fordern kann, wird nicht gesagt. Von der Berechtigung zum Fordern hängt auch die Anwendung von Zwangsmitteln ab. Zu ihnen ist nach § 69 **nur der Richter** berechtigt[17]), dem gegenüber der Ungehorsam stattfand, nie der Staatsanwalt oder die Polizei[18]). Nur dem Richter gegenüber besteht die erzwingbare Editionspflicht.

d) Dass der eine Edition Fordernde die Gegenstände, die er haben will, ganz genau bezeichnen muss, ist selbstverständlich. Ausserdem aber muss er sicher wissen, dass der, welcher edieren soll, die Sache im Gewahrsam hat und dass sie nicht zu den von

---

[14]) Von „Akten" ist hier in anderem Sinne die Rede als in § 147 Abs. 4. Hier sind nur Schriftstücke, in § 147 Abs. 3 auch andere Gegenstände verstanden.

[15]) Vgl. auch § 53 St.P.O. Auch Gemeindebehörden sind Behörden. Wer „oberste" Dienstbehörde ist, richtet sich nach Reichs- und Landesrecht. Die um die Akten ersuchte Behörde hat die Erklärung der Dienstbehörde zu veranlassen. In § 96 ist von § 69 nicht die Rede, während in § 53 die Anwendung des § 69 nicht ausgeschlossen ist. In § 96 handelt es sich um den Beamten, dem gegenüber das Gericht die Mittel des § 69 nicht hat, in § 53 um den Zeugen, der zufällig Beamter ist. Die Umstände des § 96 sind von Amts wegen zu beachten; Löwe 3 zu § 96. Ob eine Auslieferung der Akten in Urschrift oder nur in beglaubigter Abschrift erfolgen darf, bestimmt die St.P.O. nicht; Löwe 6 und 7 zu § 96, v. Kries 475, Binding 117. Ein Antrag der R.J.K., auch bestimmte von Privatpersonen bei Behörden u. s. w. niedergelegte Schriftstücke von der Edition auszunehmen, wurde abgelehnt; John I, 775, Löwe 2 zu § 96. Dahin gehören insbesondere bei Gericht niedergelegte Testamente. Der § 51 St.P.O. berührt die amtliche Editionspflicht nicht, sondern nur die Aussagepflicht. Die Auslieferung der Akten eines Gerichts an das andere ist keine Handlung der Rechtshülfe, weil keine richterliche Handlung stattfindet. Vgl. die besondere Bestimmung des § 169 G.V.G., John I, 777.

[16]) Amtliche Schriftstücke im Besitze von Exterritorialen sind von der Edition befreit. Über Konsulararchive entscheiden die Konsular-Verträge, §§ 18, 21 G.V.G., Löwe 9 zu § 96, H. H. I, 317. Kritik bei v. Kries 288.

[17]) John I, 774 und Löwe 8 zu § 95.

[18]) Auch in § 96 werden andere Berechtigte nicht ausdrücklich genannt, wie es sonst da, wo das Gesetz anderen als dem Richter Zwangsgewalt giebt, immer geschieht; vgl. z. B. § 98.

der Editionspflicht ausgenommenen gehört[19]). Zwangsmassregeln setzen eine „Weigerung“ der Herausgabe voraus, von der man doch nicht so ohne weiteres sprechen kann, wenn der zur Edition Aufgeforderte erklärt: ich habe die Sache nicht[20]). Da die St.P.O. den Editionseid der C.P.O. § 391 nicht kennt, ist es, wenn der Gewahrsam abgeleugnet wird, kaum möglich, die vermutete aber nicht klar zu erweisende Editionspflicht zu erzwingen[21]).

III. a) Die Editionspflicht allein vermag also eine Sicherung aller für den Prozess nötigen Sachen nicht herbeizuführen. Eine Reihe von Personen haben sie überhaupt nicht, ihre Erzwingung stösst in anderen Fällen auf Schwierigkeiten, man muss weiter die Sachen genau bezeichnen können. Endlich hat nur der Richter die Zwangsmittel des § 69 u. s. w.

b) Für alle solche Fälle mussten andere Mittel gefunden werden. Das hauptsächlichste ist die Beschlagnahme. Sie ist jedoch der Edition gegenüber nicht ein Aushülfemittel und etwa nur dann möglich, wenn die Editionspflicht nicht besteht oder nicht genügt[22]). Vielmehr stehen beide neben einander, der Richter hat grundsätzlich die Wahl zwischen beiden[23]), er kann auch, wo das eine Mittel versagt hat, das andere verwenden[24]).

## § 52.

## Begriff der Beschlagnahme, Zuständigkeit für dieselbe.

I. a) Eine Begriffsbestimmung fehlt in der St.P.O. Die Unklarheit der Sprache des Gesetzes, die Verwirrung der Ansichten bei der

---

[19]) Stenglein 3 zu § 95, v. Kries 286, aber auch Löwe 4 zu § 95, der verlangt, der Editionspflichtige müsse ausdrücklich oder stillschweigend zugestanden haben, Inhaber der Sache zu sein.

[20]) Die österreichische St.P.O. § 143 bestimmt ausdrücklich, es müsse die „Innehabung zugestanden oder sonst erwiesen“ sein, vgl. Rulf 119, John I, 768 u. 771.

[21]) Früheren Strafprozessgesetzen war er bekannt; v. Kries 286.

[22]) So Binding 116; dagegen Löwe 2 zu § 95.

[23]) Oft würde die Aufforderung zur Edition dem Inhaber Anlass geben, die Sache zu Gunsten oder Ungunsten des Beschuldigten zu vernichten. Liegt dieser Verdacht vor, so wird man sofort mit Durchsuchung und Beschlagnahme vorgehen, die derartige Gefahr ausschliesst Wer zu Gunsten des Beschuldigten Beweisstücke vernichtet u. s. w., kann sich der Begünstigung schuldig machen. Wer dasselbe zu Ungunsten des Beschuldigten thut wird strafrechtlich selten verfolgt werden können.

[24]) Man nehme z. B. an, der Richter habe eine Durchsuchung beim X vorgenommen nach § 103 St.P.O. Er weiss genau, dass X die Sache hat, findet sie aber nicht. Die Beschlagnahme ist also nicht durchführbar. Dann kann noch die Edition gefordert und nach § 69 erzwungen werden.



Beratung des Gesetzes[1]) erschweren die Definition. Beschlagnahme ist die, wenn nötig, zwangsweise stattfindende, Wegnahme eines Beweis- oder Einziehungsstückes aus dem Gewahrsam eines Anderen auf Anordnung der zuständigen Behörde zum Zwecke der Sicherstellung der Sache für den Prozess oder für die Vollstreckung der Einziehung[2]).

b) Die St.P.O. hat nur bewegliche Gegenstände im Auge. Auf die unter Umständen erforderliche Beschlagnahme unbeweglicher Beweisstücke müssen die §§ 94 ff. St.P.O. entsprechend angewendet werden[3]).

c) Die §§ 94 ff. St.P.O. beziehen sich auf das Strafverfahren vor den ordentlichen Gerichten. Zu ihnen treten reichsrechtliche Bestimmungen aus den sog. Nebengesetzen hinzu[4]). Das Landesrecht ist für das Gebiet der St.P.O. grundsätzlich ausser Kraft gesetzt[5]). Das anderen, z. B. sicherheitspolizeilichen Zwecken dienende Landrecht, wird von der St.P.O. nicht berührt[6]).

II. a) Die Zuständigkeit zur Anordnung der Beschlagnahme, d. h. zur Entscheidung, dass ein Gegenstand zu beschlagnahmen ist, giebt § 98 St.P.O. regelmässig wie bei den übrigen Zwangmassregeln, nur dem Richter[7]). Ein Angehen des Richters ist nun oft nicht ohne Zeitverlust möglich, und kann den Verlust wichtiger Sachen herbeiführen. Deshalb sollen bei solcher Gefahr im Verzuge auch die Staatsanwaltschaft und ihre Hülfsbeamten[8])

---

[1]) Vgl. ausführlich John I, 744 ff., auch Löwe 1 zu § 94 St.P.O. Beschlagnahme bedeutet im Gesetz bald Anordnung der Beschlagnahme, bald Ausführung dieser Anordnung.

[2]) John I, 762, v. Kries 283. Vgl. noch E. XXI, 48.

[3]) Vgl. H. H. I, 318, John I, 762. Vgl. noch § 137 St.G.B., der auch auf unbewegliche Sachen anwendbar ist. Olshausen 2 zu § 137 St.G.B., a. M. John I, 762.

[4]) Vgl. Pressgesetz § 23 ff., Seemannsordnung § 103 und eine Reihe von Zoll- und Steuergesetzen.

[5]) Vgl. §§ 5 und 6 E.G. z. St.P.O.

[6]) Vgl. E. IX, 121, XIII, 45, XXI, 47, R. V, 637, VII, 668. Über die Beschlagnahme im ehrengerichtlichen Verfahren gegen Rechtsanwälte E. X, 425, R. VI, 426, VII, 25. Über die Beschlagnahme des Vermögens nach § 332, bezw. 325 ff., St P.O. s. unten.

[7]) Der Vorsitzende ist nicht zuständig, auch wenn es sich um Beschlagnahme von Beweisgegenständen handelt (§ 220 St.P.O.); G. 43, 269. Vgl. Löwe 1 zu § 98 St.P.O., mit berechtigter Kritik dieses §. Die richterliche Entscheidung muss eine bestimmte Person, gegen die sich die Beschlagnahme richtet, nennen; v. Kries 291.

[8]) Also nicht jeder Polizeibeamte; vgl. John I, 789 ff, E. XI, 175. Ob solche Gefahr vorliegt, hat der die Beschlagnahme anordnende Beamte zu entscheiden; E. XIII, 334. Wegnahme einer Sache durch den nach § 127 vorläufig festnehmenden Privaten ist keine Beschlagnahme im Sinne des Gesetzes; vgl. aber John I, 792, H. H. I, 319; auch E. VIII, 288, R. V. 194, VII, 25. Zu der Beschlagnahme des § 99 ist kein Polizeibeamter befugt; vgl. unten. Eine Ausdehnung der Zuständigkeit zur Beschlagnahme giebt § 108; über ihn unten.

zur Anordnung der Beschlagnahme zuständig sein. Aber auch hier ist ähnlich wie bei der vorläufigen Festnahme der Richter der endgültig Entscheidende. Die Beschlagnahme durch die Staatsanwaltschaft u. s. w. ist eine vorläufige in dem Sinne, dass der Richter, wenn er durch den Beschlagnehmenden selbst, oder durch den Betroffenen[9]) angerufen wird, die Beschlagnahme wieder aufhebt oder sie „bestätigt". Nur muss der Beschlagnehmende den Richter nicht angehen, sondern er soll[10]) es thun, falls § 98 Abs. 2 zutrifft, ausserdem giebt ihm das Gesetz längere Frist[11]) als § 128.

b) Da vor der Anklage ein mit der Sache befasster Richter noch nicht da ist, kann nach § 98 Abs. 2 nach der auch § 160 St.P.O. zu Grunde liegenden Anschauung nur der Amtsrichter des Bezirks, in dem die Beschlagnahme erfolgte, in Frage kommen. Nach der Anklage ist das Gericht zuständig, bei dem die Sache augenblicklich schwebt. Da weiter vor der Anklage der Staatsanwalt die Sache noch allein in Händen hat[12]), so gehören auch die mit Beschlag belegten Sachen in seine Verwahrung[13]). Nach der Anklage muss nach § 98 Abs. 3 St.P.O. der Richter, bei dem die Sache anhängig ist, von der Beschlagnahme benachrichtigt werden; er hat über die beschlagnahmten Sachen die Verfügung[14]).

---

[9]) Betroffen ist jeder, in dessen Rechte die Beschlagnahme störend eingreift, „cuius interfuit"; John I, 795. Er kann jederzeit, d. h. solange die Beschlagnahme besteht, den Richter angehen. Dieses Angehen ist nicht eine nach § 346 St.P.O. zu beurteilende Beschwerde. Der Begriff des Angehörigen ist hier weiter als in § 51 St.G.B.

[10]) Geschieht das nicht, so wird die Beschlagnahme nicht etwa von selbst hinfällig; Löwe 6a, Stenglein 3 zu § 98. Der Betroffene hat das unbefristete Recht, den Richter anzugehen. Vgl. darüber Löwe 1 zu § 98 St.P.O.

[11]) Sie beginnt mit der Beschlagnahme, nicht schon mit ihrer Anordnung, Löwe 7 zu § 98.

[12]) Vgl. unten beim Ermittelungsverfahren.

[13]) Er erhält sie auch, wenn die Beschlagnahme nach § 160 St.P.O. durch den Amtsrichter angeordnet ist, ebenso wenn sie die Polizei vornahm. Die Gegenstände gehören zu den Untersuchungsakten; v. Kries 293.

[14]) Vgl. noch John I, 794 f. Der zur Anordnung berechtigte kann die Beschlagnahme auch selbst ausführen, sich aber unter Umständen Hülfsbeamter bedienen. So kann auch die Polizei auf Ersuchen des Richters die Beschlagnahme ausführen. Die St.P.O. bestimmt näheres nicht; vgl. noch Löwe 3 zu § 98 und R. VII, 25, VIII, 115. Die im Abs. 4 des § 98 St.P.O. erwähnte Beschlagnahme, d. h. ihre Ausführung, erfolgt durch Ersuchen der die Beschlagnahme anordnenden Civilbehörde. Vor allem waren Gründe der militärischen Disciplin massgebend; Löwe 13 zu § 98. Beschlagnahmen, die sich zwar gegen Militärpersonen richten, aber nicht „in Dienstgebäuden" stattfinden, fallen nicht unter § 98 St.P.O. Über den Begriff der Militärpersonen Hecker G.A. XXXI, 81.

III. a) Die Beschlagnahme entzieht dem Inhaber der Sache nur den Gewahrsam und bringt sie in den des Gerichts[15]). Rechtliche Verfügungen über die Sache sind gültig, wenn sie auch thatsächlich vielfach zur Zeit durch den gerichtlichen Gewahrsam gehindert sind.

Das Gericht wird die Sachen nur solange behalten, wie sie für den Prozess nötig sind, eventuell aber bis zur Beendigung der Untersuchung. Auch die in § 111 St.P.O. genannten, durch die Beschlagnahme oder Edition oder Inverwahrungnahme erlangten Sachen, die durch die „strafbare Handlung[16]) dem Verletzten[17]) entzogen wurden", sind dem Verletzten herauszugeben, wenn das Gericht ihrer nicht mehr bedarf[18]), „geeigneten" Falls schon vor Beendigung der Untersuchung. Der vom Gericht von Amts wegen gefasste Beschluss soll nur den Besitzstand vorläufig regeln[19]), und nicht entscheiden, wer als Eigentümer oder aus einem anderen Grunde ein Anrecht auf die Sache besitzt[20]). Das Gericht giebt ohne Prüfung dieser Frage das Beweisstück[21]) dem Verletzten, dem es entzogen ist[22]), zurück, stellt den „status quo ante" wieder her und überlässt es den Beteiligten, ihre Rechte auf die Sache im Wege des Civilstreites zur Erledigung zu bringen.

b) Der § 109 St.P.O. findet auf jeden Fall der Verwahrung oder Beschlagnahme Anwendung[23]), nicht nur, wie man aus seiner Stellung im Gesetz schliessen könnte, auf die Fälle, in denen eine Durchsuchung vorherging.

---

[15]) Nicht entzieht sie — wie die Beschlagnahme des Vermögens nach § 342 ff. — die Verfügungsgewalt.

[16]) Dahin gehören z. B. die gestohlenen, geraubten, durch Betrug erlangten Sachen; aber auch z. B. der zur Wegschaffung des gestohlenen Holzes benutzte, selbst nicht gestohlene fremde Wagen. Die aus dem Erlöse der gestohlenen Sache angeschaffte Sache fällt nicht unter § 111; E. I, 144, R. I, 217, II, 20, bezüglich der Rückgabe der die verpfändeten gestohlenen Sachen betreffenden Pfandzettel R. II, 162. Vgl. noch John I, 836, Löwe 4 zu § 111, E. XIX, 98.

[17]) Wer das ist, entscheidet das Gericht nach freiem Ermessen. Die Sache kann so liegen, das nicht der Eigentümer, sondern der Gewahrsamsinhaber verletzt ist. Auch ist möglich, dass mehrere verletzt sind, z. B. mehrere Miteigentümer. Der § 111 hat nur den Verletzten im Auge, dem die Sache entzogen ist.

[18]) Es kann z. B. durch gerichtlichen Augenschein das Beweiserhebliche so festgestellt werden, dass die Zurückbehaltung der Sache nicht mehr nötig erscheint.

[19]) Vgl. darüber Löwe 2 zu § 111; ein Urteil ist für diese Rückgabeentscheidung nicht verlangt. Der Beschluss ordnet an, dass die Sache durch die Behörde, die sie in Händen hat, dem Verletzten zurückzugeben ist. Im übrigen enthält die St.P.O. nichts über die Dauer der Beschlagnahme. Beschlagnahmte Beweisstücke sind spätestens mit Rechtskraft des Urteils zurückzugeben. Eine dem § 123 St.P.O. analoge Bestimmung fehlt; v. Kries 293. Über die Einziehungsobjekte ist im Urteil zu bestimmen.

[20]) Nur das Besitzverhältnis zwischen dem Beschuldigten und dem Verletzten wird also geregelt. Löwe 3 zu § 111.

[21]) Einziehungsstücke werden natürlich nicht zurückgegeben.

[22]) Dazu muss man allerdings, was oft nicht der Fall, den Verletzten kennen. Was zu geschehen hat, wenn er unbekannt ist, hat die St.P.O. nicht bestimmt; es gilt also Landesrecht; v. Kries 294.

[23]) Die Entscheidung erfolgt durch Beschluss des Gerichts. Über den Zusammenhang des § 111 mit dem sog. Adhäsionsprozesse, dem „Anschluss des Verletzten als Civilkläger" an die öffentliche Strafklage vgl. die Bemerkungen bei John vor § 111.



## § 53.

## Die der Beschlagnahme unterliegenden Gegenstände.

I. Die Beschlagnahme erstreckt sich grundsätzlich auf einen jeden Gegenstand, der Beweis- oder Einziehungsstück sein kann. Ausnahmen von der Editionspflicht sind nicht ohne weiteres solche von der Beschlagnahme. Vor allem besteht das Beschlagnahmerecht auch gegenüber dem Beschuldigten[1]).

II. Ausdrücklich sind insbesondere eine Anzahl von Schriftstücken der Beschlagnahme teils entzogen, teils ist die Beschlagnahme ihnen gegenüber nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig.

a) Schriftliche Mitteilungen[2]) zwischen dem Beschuldigten[3]) und den von § 51 und § 52 St.P.O. genannten Verwandten und Vertrauenspersonen[4]) können so lange nicht beschlagnahmt werden, als sie sich in den Händen der

[1]) Vgl. v. Kries 289. Sachen in Händen der Exterritorialen sind nicht beschlagnahmefähig. Die Beschlagnahme ist ein Akt der Gerichtsbarkeit; vgl. auch schon oben S. 37. Durch Konsularverträge werden die in Händen der Konsuln und in den Konsulararchiven befindlichen Sachen meist vor der Beschlagnahme gesichert; Löwe 9 zu § 96, H. H. I. 317, sowie schon oben bei der Edition. Auch die in den Händen des Landesherrn befindlichen Sachen sind aus gleichem Grunde befreit. Dagegen darf man nicht sagen, alle der Gerichtsbarkeit der ordentlichen Gerichte nicht Unterstehenden müssten auch von der Beschlagnahme ausgenommen werden. Es ist dabei zu beachten, dass die Exemtion von der Gerichtsbarkeit der ordentlichen Gerichte nicht immer eine vollständige ist und sich oft nur darauf bezieht, dass gewisse Personen nicht als Beschuldigte vor die ordentlichen Gerichte gestellt werden. Das gilt für die Militärpersonen, wie z. B. § 98 Abs. 4 St.P.O. zeigt, aber auch für die Standesherren. Für die in § 4 E.G. z. St.P.O. Genannten gilt Haus- oder Landesrecht. Bei Antragsdelikten ist die Beschlagnahme unabhängig vom Antrage, das Gesetz sagt das zwar nicht ausdrücklich, da aber selbst Verhaftung und Festnahme vor der Antragstellung zulässig sind, wird man auch Beschlagnahme u. s. w. nicht ausschliessen; vgl. aber H. H. I, 317.

[2]) Es muss sich um „schriftliche Mitteilungen“, nicht nur um Mitteilungen von Schriften handeln, sonst könnte der Beschuldigte ihn belastende Schriften der Beschlagnahme dadurch entziehen, dass er sie einem Verwandten übergiebt; Löwe 2 zu § 97, aber auch John I, 782. Die Mitteilung muss zwischen den Genannten erfolgen, mit anderen gewechselte Mitteilungen fallen nicht unter § 97 St.P.O.; John 3 zu § 97. Nicht sind befreit Mitteilungen zwischen derartigen Vertrauenspersonen. Schreiben, z. B. des Vaters des Beschuldigten an dessen Verteidiger können bei beiden Personen beschlagnahmt werden. Kritik bei v. Kries 287.

[3]) Beschuldigter ist hier schon der, gegen den zwar Verdacht vorliegt, aber noch keine Untersuchungshandlung stattfand. John I, 780 ff., E. XX, 91, a. M., Binding 117.

[4]) Die Schriftstücke müssen „in den Händen“ der Genannten sein; vgl. auch E. XXVIII, 285; ob und inwieweit auch die Erben von der Beschlagnahme befreit sein können, ist bestritten; vgl. Löwe 4 zu § 97, John I, 784, aber auch Stenglein 2 zu § 97. Sind die Schriftstücke der Post übergeben, so kommt § 99 in Frage. Auf die der Beschlagnahme entzogenen Schriftstücke findet auch § 110 nicht Anwendung; Löwe 6 zu 97.

letzteren befinden, vorausgesetzt, dass sie nicht selbst in der von § 97 St.P.O. genannten Weise verdächtig sind[5]). Der schriftliche Verkehr zwischen dem verhafteten Beschuldigten und dem Verteidiger ist nach der „lex specialis" des § 148 St.P.O. zu beurteilen. Eine Beschlagnahme der dort genannten Schriftstücke ist, falls sie mit richterlicher Genehmigung gewechselt sind, unzulässig[6]). Eine Benutzung von entgegen dem § 97 und dem § 148 St.P.O. beschlagnahmten Sachen darf nicht stattfinden[7]).

b) Das Postgesetz von 1871 geht davon aus, dass das Briefgeheimnis, das sich auf verschlossene[8]) Briefe und Postsendungen erstreckt, während sie sich auf der Post[9]) befinden, unverletzlich sei. Das Gleiche gilt für das Telegraphengeheimnis. Es erstreckt sich nicht nur auf den Inhalt der Telegramme[10]), sondern auch darauf, „ob und zwischen welchen Personen telegraphische Mitteilungen stattgefunden haben"[11]). Das Blankett, das beide Gesetze ausstellen, ist durch § 99 bis 101 St.P.O. ausgefüllt[12]).

Der Beschlagnahme unterliegen nach § 99 vor allem die an den Beschuldigten[13]) gerichteten, d. h. die unter seinem Namen ankommenden Sendungen, ohne dass der Post u. s. w. nachgewiesen werden muss, dass der Inhalt der Sendung Bezug auf die Strafsache hat[14]). Ausserdem unterliegen ihr Sendungen, „in Betreff derer Thatsachen

---

[5]) Der § 97 macht in der Praxis grosse Schwierigkeiten; John I, 784. Wird einer der in §§ 51, 52 Genannten selbst verdächtig, so fällt die Befreiung des § 97 weg.

[6]) Der § 148 gestattet nur die Zurückweisung von Mitteilungen; Binding 117.

[7]) Sie kann Revision gegen das Urteil begründen; E. XX, 91.

[8]) Anders bei offenen Sendungen und Postkarten. Abweichend und weitergehend Löwe 8. Aufl. 1 zu § 99, die früheren Auflagen vertreten die im Text angegebene Meinung. Vgl. auch John I, 799, Stenglein 1, 2 zu § 99.

[9]) Auf der Post ist eine Sendung schon, wenn sie in einen Briefkasten gesteckt wird, und so lange, als sie noch in den Händen der Post sich befindet, d. h. bis zur Ablieferung an den Adressaten, also auch in den Händen des Briefboten, im Postwagen. Vgl. John I, 798 f., Löwe 2a zu § 99. Privat-Posten und Beförderungseinrichtungen sind keine „Posten" im Sinne des § 99. Vgl. noch H. H. I., 322.

[10]) Über den Begriff des „Telegramms" ausführlich v. Kries 308.

[11]) So die Fassung des Gesetzes über das Telegraphenwesen des deutschen Reichs vom 6. April 1892, § 8. Vgl. John I, 799, abweichend Löwe 1 zu § 99. „Auf den Telegraphenanstalten" ist gleichbedeutend mit „im Gewahrsam der Telegraphenbehörde."

[12]) Nach v. Kries 304 handelt es sich in den §§ um eine Art Durchsuchung (vgl. den folgenden §), nicht um eine Art der Beschlagnahme.

[13]) An einen bestimmten Prozessabschnitt ist die Beschlagnahme auch hier nicht gebunden. Auch bei Übertretungen ist sie zulässig.

[14]) Die Worte „und dass ihr Inhalt" finden auf diesen Fall keine Anwendung; das geht schon aus der Interpunktion hinter „Telegraphenanstalt" hervor. John I, 802 ff. Löwe 5a zu § 99.

vorliegen"[15]), einmal dafür, „dass ihr Inhalt für die Untersuchung Bedeutung habe", und zweitens dafür, „dass sie von dem Beschuldigten herrühren"[16]), oder mögen sie herrühren von wem sie wollen[17]), dass sie „für ihn bestimmt sind"[18]). Ob das der Fall, hat der die Beschlagnahme anordnende Beamte, nicht die Postbehörde u. s. w. zu beurteilen; sie darf die vom zuständigen Beamten angeordnete Beschlagnahme nicht versagen[19]).

Zur Anordnung der von § 99 behandelten Beschlagnahme ist grundsätzlich nur der Richter zuständig, niemals die Polizei. Nur ausnahmsweise, bei Gefahr im Verzuge und sofern es sich nicht um eine Übertretung handelt, ist die Staatsanwaltschaft[20]) berechtigt.

Hier weicht § 100 St.P.O. von § 98 Abs. 2 ab. Nach § 100 muss die richterliche Bestätigung[21]) nachgesucht werden; die von der Staatsanwaltschaft verfügte Beschlagnahme tritt ausser Kraft, wenn die richterliche Bestätigung in der von § 100 Abs. 2 genannten Frist[22]) nicht erreicht ist. Endlich ist die Staatsanwaltschaft zur Eröffnung von Briefen und Post-

---

[15]) Der Entwurf sagte, „wenn anzunehmen" ist; der Ausdruck schien der R.J.K. zu unbestimmt Eine genaue Bezeichnung der einzelnen Sendung, die das Gericht haben will, lässt sich oft nicht im voraus geben. John I, 801, Löwe 5b zu § 99, H. H. I, 321.

[16]) Dass er sie selbst geschrieben oder aufgegeben hat, verlangt das Gesetz nicht.

[17]) Also auch z. B. von Exterritorialen herrührende Briefe. Schreiben des Verteidigers an den Beschuldigten (bezw. umgekehrt) sollen nach Ansicht der R.J.K. nicht von der Beschlagnahme befreit sein; Löwe 7 zu § 99.

[18]) Man denke an unter falschem Namen postlagernde Sendungen.

[19]) Die Zuständigkeit des anordnenden Beamten prüft die Post. Sie hätte also z. B. polizeiliche Beschlagnahmen abzulehnen; § 109 St.P.O. Löwe 26 zu § 100.

[20]) „Untersuchung" ist hier auch das staatsanwaltschaftliche Ermittelungsverfahren; Löwe 2b zu § 100.

[21]) Über die Zuständigkeit vgl. § 100 Abs. 3 St.P.O.

[22]) Nach Löwe 4 bezieht sich § 100 Abs. 2 nicht auf das, was der Staatsanwaltschaft oder dem Gericht schon ausgeliefert ist; a. M. John I, 806. Wird die Beschlagnahme nicht bestätigt, so sind die Eingänge des vierten Tags, resp. was sich sonst von den Eingängen der drei ersten Tage auf der Post befindet, von ihr ordnungsmässig weiter zu befördern, denn die Beschlagnahme ist ausser Kraft getreten. Löwe 4 und 5, Stenglein zu § 100. Die Frist beginnt mit der Mitteilung der Beschlagnahmeverfügung an die Post. Die richterliche Bethätigung muss vor Ablauf der Frist der Post bekannt gemacht sein; Löwe 7 zu § 100. Vom Inhalt offener Karten u. s. w. kann die Staatsanwaltschaft Kenntnis nehmen; der § 100 versagt ihr nur die Eröffnung; Löwe 3 zu § 100, v. Kries 306. Sie kann auch die Sendungen wieder freigeben, wenn sie sie nicht braucht, oder einsieht, dass sie für die Sache unerheblich sind.

sendungen[23]) nicht befugt; sie muss die verschlossenen Sendungen gemäss § 100 Abs. 3 dem Gericht vorlegen. Das Gericht eröffnet die Sendungen, soweit erforderlich, und entscheidet nach Durchsicht, was für den Strafprozess zurückzubehalten ist. Die Eröffnung und Durchsicht ist eine richterliche Untersuchungshandlung[24]).

Die „Beteiligten"[25]) werden durch § 101 St.P.O. geschützt. Sie erhalten von den nach § 99 und 100 getroffenen Massregeln, d. h. der Auslieferung und Eröffnung, Zurückbehaltung der Sendung, Nachricht, sobald es „ohne Gefährdung des Untersuchungszwecks geschehen kann", d. h. sobald schädigendes Eingreifen durch die Beteiligten nicht mehr zu fürchten ist. Sie bekommen die Sendungen eröffnet oder uneröffnet ausgeliefert, soweit man ihrer nicht mehr bedarf, oder doch, sobald die Untersuchung es gestattet, schriftliche Mitteilung des Inhalts der beschlagnahmten Sendung.

### B. Die Durchsuchung.

## § 54.

## Ihr Begriff.

I. a) Die Durchführung der Beschlagnahme, ebenso die der Ergreifung der Beschuldigten ist davon abhängig, dass man den Gegenstand oder den Menschen, um den es sich handelt, gefunden hat. Oft muss man ihn erst suchen. Weil auch dieses Suchen meist ein Eingriff in die Rechte vielleicht am Verbrechen ganz Unbeteiligter ist, und weil man die Einwilligung des Betroffenen nicht immer erwarten kann, hat die St.P.O. die Durchsuchung genau geregelt. Verdacht einer vor die ordentlichen Gerichte gehörigen strafbaren Handlung

---

[23]) Telegramme sind in § 100 absichtlich nicht genannt, John I, 804. Eröffnung der Briefe durch die Staatsanwaltschaft kann selbstverständlich erfolgen, wenn die Beteiligten dieselbe gestatten.

[24]) Welche Sachen zu eröffnen sind, entscheidet der Richter nach seinem Ermessen. Wie im Ermittelungsverfahren ist er bei Eröffnung und Nichteröffnung an den Willen der Staatsanwaltschaft gebunden; a. M. Löwe 9 zu § 100 St.P.O. Die zurückbehaltenen Papiere erhält im Ermittelungsverfahren der Staatsanwalt nach § 165 St.P.O. Vgl. aber Löwe 10; Stenglein 6 zu § 100.

[25]) Das ist ausser dem „Empfangsberechtigten" z. B. der Absender, vgl. Löwe 5 zu § 101, eventuell auch die Post selbst; v. Kries 307. — Die als Beweismittel im Prozess benutzten beschlagnahmten Sachen erhält der Eigentümer oder sonstige Berechtigte z. B. der Pfandgläubiger, nach endgiltiger Beendigung zurück; vgl. auch M. IX, 198.

ist natürlich allgemeine Voraussetzung auch der Durchsuchung[1]). **Die Durchsuchung ist also ein Mittel, und zwar wenn erforderlich ein Zwangsmittel, um Beweis- oder Einziehungsstücke[2]) oder den Beschuldigten zu finden[3]).**

b) Die Durchsuchung kann zum Gegenstande haben Personen, ihre Sachen, Wohnungen und andere Räume[4]).

II. Der § 102 St.P.O. gestattet Durchsuchung bei dem als Thäter, Teilnehmer, Begünstiger oder Hehler Verdächtigen[5]), nach § 103 St.P.O. bei anderen Personen; es giebt grundsätzlich niemanden, bei dem Durchsuchung unzulässig wäre. Ausgenommen sind die Exterritorialen und die Landesherren[6]). Weiter hat § 102 St.P.O. nur Verdächtige im Auge, die vor die ordentlichen Strafgerichte gehören. Deshalb ist Durchsuchung der Person eines Verdächtigen, der als Beschuldigter den ordentlichen Gerichten nicht unterworfen ist, nicht möglich[7]).

a) Der § 102 St.P.O. giebt das Durchsuchungsrecht in weiterem Umfange als der § 103. Bei dem Verdächtigen ist Durchsuchung schon zulässig, wenn „zu vermuten ist", dass irgendwelche Beweis- oder Einziehungsstücke gefunden werden, bei den anderen Personen, wenn „Thatsachen vorliegen"[8]), die auf das Vorhandensein bestimmter Sachen oder Personen in den „zu durchsuchenden Räumen" schliessen lassen.

b) Bei dem Verdächtigen kann die Durchsuchung sich erstrecken nicht nur auf seine Räume und seine Sachen,

---

[1]) Die Schwere der That ist gleichgültig. Vgl. noch **R.** IV, 415. Neben der St.P.O. enthalten andere Reichsgesetze Bestimmungen über die Durchsuchung; vgl. Löwe 2 vor § 94 St.P.O. und noch v. Kries 294.

[2]) Der § 102 nennt zwar nur Beweismittel, dagegen spricht § 103 ganz allgemein von der „Beschlagnahme bestimmter Gegenstände", also nach § 94 St.P.O. auch von Einziehungsstücken. Vgl. John I, 810, 765 Anm. 11; Löwe 1 zu §§ 102 bis 110, H. H. I, 324, v. Kries 295.

[3]) Vgl. §§ 102 bis 104. John I, 811 meint, sie sei nur zulässig zum Zwecke der Verhaftung und Festnahme. Das ist zu eng. Sie kann auch erfolgen zum Zweck der Durchsuchung der Person des Beschuldigten selbst. Man nehme z. B. an, der Verdächtige habe sich, um diese Durchsuchung zu hindern, versteckt.

[4]) Vgl. im einzelnen unten.

[5]) Die Massregel ist schon vor der Anklage zulässig; Löwe 2 zu § 102 St.P.O. Die Entstehungsgeschichte des § 102 schildert John I, 810 ff.

[6]) Es handelt sich um Handlungen der Strafgerichtsbarkeit, der die Genannten nicht unterstehen. Bezüglich der Konsuln sind die Konsularverträge massgebend. Für die Mitglieder der landesherrlichen Familie kommt das Landesrecht in Frage.

[7]) Vgl. § 103 St.P.O. und näheres unten.

[8]) Es wird also im § 103 ein höherer „Grad der Wahrscheinlichkeit" verlangt als im § 102. Vgl. v. Kries 297.

sondern auch auf **seine Person**. Eine Durchsuchung der Person des Unverdächtigen gegen seinen Willen ist unzulässig. Trotzdem § 103 sie nicht erwähnt, erklärt das Reichsgericht[9]), dass auch die Person des Nichtverdächtigen durchsucht werden kann, wenn sonst die Bedingungen des § 103 vorliegen.

Dagegen sprechen ausser dem klaren Wortlaut des § 103 St.P.O.[11]) noch andere Gründe. Dass eine Durchsuchung des blossen Körpers[12]) eine schärfere Massregel sein kann, als die Verhaftung, ist klar. Überall wo ein Eingriff in die Freiheit der Person in Frage kommt, bestimmt das Gesetz, selbst wenn es sich um den Verdächtigen, geschweige denn um Unverdächtige handelt, dies **ausdrücklich**. Ein Schweigen, wie in § 103, darf man nicht als eine Erlaubnis ansehen; es spricht für die Unzulässigkeit der Massregel. Da § 103 über die Zuständigkeit zu jener Massregel nichts sagt, also hier wie für § 102 auch § 105 Anwendung findet, würde jeder Unverdächtige zur Vermeidung gewaltsamer Durchsuchung gezwungen sein, z. B. seinen nackten Körper von subalternen Beamten betrachten zu lassen[13]). Endlich spricht § 103 von Räumen im Gegensatz zu § 102, der auch von Sachen spricht[14]).

c) Anders sollen die von § 103 Abs. 2 genannten Räume stehen; sie sind den in § 102 genannten gleichgestellt[15]).

III. Im Interesse des Hausfriedens soll eine Durchsuchung gewisser Räume[16]) zur Nachtzeit nicht ohne Not erfolgen. Der

---

[9]) **R.** VIII, 454, **E.** XIV, 189 ff., 193. Vgl. noch ausserdem **R.** IV, 102 u. **E.** XVI. 218, Löwe 2 zu § 103, Glaser II, 291, v. Kries 296 (dieser wesentlich aus historischen Gründen), Ullmann 318. Zuzugeben ist ihnen, dass sich die Massregel schwer entbehren lässt.

[10]) Für die hier vertretene Auffassung spricht doch auch das wiederholte „nur“, „und nur dann“, sowie der Schluss des § 103 Abs. 1, dass die gesuchte „Person, Spur u. s. w. . . in den zu durchsuchenden Räumen“ sei. Man kann einen noch so grossen Mund gewiss keinen „Raum“ nennen! Eingehend gegen die in Anm. 9 Genannten Beling in **Z.** XV, 471.

[11]) Eine Durchsuchung der Kleider am Leibe ist nach **E.** XVI, 218, **R.** IX, 503 keine Durchsuchung der Person, sondern eine solche ihrer Sachen; so auch Beling a. a. O.

[12]) Vgl. dazu John I, 815, der mit Recht betont, dass jemand zwingen, „sich wider seinen Willen . . . seinen entkleideten Körper besichtigen zu lassen, heisst, ihn zu einer seine Person herabwürdigender Duldung nötigen“.

[13]) Die Unverdächtige, die sich sträubt, ihren Körper einem Polizeibeamten darzubieten, der z. B. an ihr Spuren eines gewaltsamen unzüchtigen Angriffs feststellen will, würde dann wegen Widerstands noch strafrechtlich verfolgt werden können.

[14]) Vgl. auch John I, 812 ff., Ullmann 318, Beling a. a. O. A. M. **E.** XIV, 189, **R.** VIII, 454, Löwe 2, Stenglein 2 zu § 103, v. Kries 296. Über die Durchsuchung von Sachen der in § 103 Genannten z. B. John I, 816, sowie noch 772.

[15]) Vgl. §§ 38, 39 St.G.B. und Löwe 7 zu § 103

[16]) Der § 123 St.G.B. nennt dieselben Räume. Leerstehende Wohnungen hat § 104 St.P.O. nicht im Auge, er will den Hausfrieden der Bewohner schützen. Wohnung kann auch ein Schiff, ein Künstlerwagen sein. Befriedetes Besitztum ist eingehegter Grundbesitz. Es muss in gewisser Weise mit der Wohnung u. s. w. im Zusammenhang stehen. Im Felde liegende, eingehegte Gemüsegärten, eingehegte

§ 104 beschränkt also zeitlich die sogenannte Haussuchung[17]). Zur Nachtzeit[18]) soll Haussuchung nur vorgenommen werden dürfen, wenn die von § 104 Abs. 1 und 2 genannten Voraussetzungen[19]) vorliegen oder der Inhaber der Räume in die Durchsuchung einwilligt.

## § 55.

## Anordnung und Durchführung der Durchsuchung.

I. a) Die Zuständigkeit zur Anordnung der Durchsuchung[1]) bestimmt § 105 St.P.O. Der Anordnungsberechtigte ist auch zur Durchführung der Anordnung befugt, kann sich aber auch Hülfsbeamter bedienen[2]).

b) Über die Ausführung der Haussuchung[3]) handelt § 105 Abs. 2. Weil der Amtsanwalt oder die Polizeiverwaltung regelmässig nicht die Gesetzeskenntnis besitzen, wie der Rechtsverständige[4]), soll, wenn nicht der Richter oder der Staatsanwalt zugegen ist, zur Bürgschaft für die strenge Beobachtung des Gesetzes die Zuziehung der von § 105 Abs. 2 Genannten oder zweier Gemeindemitglieder

---

Wildparks u. s. w. hat § 104 nicht schützen wollen. Vgl. Olshausen zu § 123 St.G.B., E. XIII, 312, R. VIII, 82. Landesrecht ist, soweit es das Strafverfahren vor den ordentlichen Gerichten betrifft, ausser Kraft gesetzt. Vgl. noch E. I, 331, II, 262, R. I, 502, II, 248.

[17]) Die österreichische St.P.O. unterscheidet Haus- und Personendurchsuchung, vgl. Rulf 119 ff. Die St.P.O. hat den Ausdruck Haussuchung vermieden.

[18]) Vgl. darüber § 104 Abs. 3, der nicht sagen will, dass eine am Tage begonnene Haussuchung nicht in der Nacht fortgesetzt werden könne; Glaser II, 292; Löwe 1b zu § 104.

[19]) „Frische That" liegt hier wie im Falle des § 127 vor, wenn der Thäter auf der That selbst oder unmittelbar nach ihr betroffen wird; Löwe 2 zu § 104 St.P.O. „Gefahr im Verzug" ist vorhanden, wenn ein Warten bis zum nächsten Tage den Erfolg der Durchsuchung in Frage stellen würde. „Gefangener" ist auch der vorläufig Festgenommene, nicht auch der nach § 134 St.P.O. Vorgeführte. Bei § 104 Abs. 2 hat man an Gasthöfe u. s. w. zu denken.

[1]) Vgl. dazu § 98 St.P.O. und v. Kries 298.

[2]) Vgl. Löwe 5 zu § 105. Willigt der zu Durchsuchende ein, so kann die Durchsuchung auch ohne richterliche Anordnung stattfinden; Löwe 1 zu § 105. Zuziehung des Gerichtsschreibers bei der vom Richter vorgenommenen Durchsuchung ist nach §§ 105, 166 St.P.O. erforderlich, da es sich um eine „Untersuchungshandlung" handelt.

[3]) Bei Durchsuchung der Sachen und der Person, die doch ein viel schwererer Eingriff in die Rechte des Betroffenen sein kann, ist die Zuziehung nicht erforderlich; E. II, 263, III, 185, R. II, 249.

[4]) Während Abs. 1 die Staatsanwaltschaft nennt, spricht Abs. 2 vom Staatsanwalt; vgl. oben S. 125 Anm. 14, Löwe 9 zu § 105. Vgl. auch John I, 819.

erfolgen[5]). Die in § 104 Abs. 2 genannten Räume können durch die Staatsanwaltschaft und die in § 105 Abs. 1 St.P.O. genannten Polizeibeamten[6]) auch ohne Gefahr im Verzug und ohne Zeugenzuziehung durchsucht werden.

c) Die Anordnung steht auch im Falle des § 105 Abs. 4 den in § 105 Abs. 1 St.P.O. Genannten zu, nur die Ausführung der Durchsuchung[7]) in militärischen Dienstgebäuden wird von § 105 getroffen, sie erfolgt[8]) durch die Militärbehörde.

II. Der § 106 St.P.O. behandelt das Verfahren bei Vornahme der Durchsuchung; er soll in erster Linie den von der Durchsuchung Betroffenen schützen[9]).

a) Der Inhaber der zu durchsuchenden Räume oder Gegenstände darf der Durchsuchung beiwohnen, mag er verdächtig sein oder nicht[10]). Einen Anspruch auf vorherige Benachrichtigung oder auf Zuziehung hat er nicht, ebensowenig darauf, dass etwa bis zu seinem Erscheinen gewartet wird. Ist der Inhaber nicht zugegen[11]), so soll der Beamte wenn möglich einen der von § 106 Abs. 1 Genannten zuziehen. Der Zweck der Durchsuchung wird „vor deren Beginn" dem Inhaber oder den Zugezogenen bekannt gegeben, dagegen erfährt ihn der Inhaber[12]) der unter § 104 Abs. 2 fallenden Räume nicht.

---

[5]) Die Zuziehung soll wenn möglich erfolgen, d. h. besonders, wenn nicht der mit ihr verbundene Zeitverlust den Erfolg in Frage stellt; John I, 819, Löwe 10 zu § 105 St.P.O. Vgl. R. VI, 366, VII, 544, VIII, 105, E. XIII, 270. Ein Betreten der Wohnung u. s. w. ist nicht ohne weiteres eine Durchsuchung, R. III, 63. Ebenso ist nach R. II, 351 Vergleichung des Viehbestandes durch einen Beamten, der dazu Räume betritt, nicht Durchsuchung. Über das Verhältnis des § 105 St.P.O. zu § 113 St.G.B. vgl. E. XXV, 253.

[6]) An der Zuständigkeit zur Anordnung der Durchsuchung hat § 105 Abs. 3 nichts ändern wollen. So auch v. Kries 301, a. M. Löwe 12 zu § 105, John I, 820. E. III, 190, R. VII, 544.

[7]) Der § 105 Abs. 4 spricht von Durchsuchungen in militärischen Dienstgebäuden, Abs. 2 von Durchsuchung der Wohnung u. s. w. Abs. 2 betrifft also nur die Haussuchung, Abs. 4 jede Durchsuchung, auch die von Sachen und Personen. Kriegsfahrzeuge sind nach § 98 Abs. 4 Dienstgebäude.

[8]) „Durch Ersuchen" sagt § 105; vgl. Löwe 10 zu § 48. Die Polizei hat nach § 105 Abs. 4 kein Mitwirkungsrecht.

[9]) Alles nähere ergiebt sich aus den Umständen des Einzelfalles. Natürlich ist möglichst schonend zu verfahren, besonders bei Eröffnung verschlossener Behältnisse; Löwe 1 zu § 106.

[10]) Der Beschuldigte als solcher hat keinen Anspruch auf Anwesenheit, ebensowenig der Verteidiger u. s. w. Die Staatsanwaltschaft ist bei richterlichen Durchsuchungen zuzulassen; Löwe 4, Stenglein 3 zu § 106. Bezüglich der Anwesenden vgl. aber auch § 162 St.P.O. und § 182 G.V.G Bedenklich John I, 823 ff.

[11]) Etwa weil er verhaftet oder nach § 162 St.P.O festgenommen ist.

[12]) Nur von ihm, nicht den für ihn Zugezogenen spricht § 106 Abs. 2.

b) Der von der Durchsuchung Betroffene, d. h. der Inhaber der durchsuchten Gegenstände und Räume[13]), ebenso auch die durchsuchte Person selbst, erhält und zwar unentgeltlich nach Beendigung der Durchsuchung auf Verlangen die von § 107 genannte schriftliche Mitteilung[14]), sowie das Verzeichnis der genommenen Gegenstände, endlich, falls nichts den von der Durchsuchung Betroffenen Verdächtigendes[15]) gefunden wird, eine Bescheinigung dieser Thatsache.

III. Wenn auch jede Durchsuchung immer mit Bezug auf eine bestimmte Strafthat stattfindet, so gilt doch nicht die Regel, dass bei ihrer Gelegenheit nur solche Gegenstände beschlagnahmt werden, die sich auf diese bestimmte That beziehen. Nach § 108 St.P.O. sind vielmehr bei jeder Durchsuchung alle Sachen, die auf **irgend eine** Strafthat hinweisen, mit Beschlag zu belegen. Im Falle des § 108 bedarf es einer vorherigen Anordnung überhaupt nicht. Jeder die Durchsuchung ausführende Beamte ist zur Beschlagnahme befugt, auch wenn Gefahr im Verzuge nicht vorliegt[16]).

IV. „Die Papiere[17]) des von der Durchsuchung Betroffenen“ werden durch § 110 St.P.O. besonders geschützt.

c) Die Durchsicht der bei der Durchsuchung genommenen Papiere, d. h. die Kenntnisnahme ihres Inhalts[18]) ist nur dem Richter erlaubt, wenn sie nicht der Inhaber selbst anderen Personen gestattet. Die ohne Durchsuchung beschlagnahmten Papiere sind dieses Schutzes nicht teilhaftig.

---

[13]) Die anstatt des Inhabers Zugezogenen sind nicht ohne weiteres „Betroffene“, sondern Vertreter des Betroffenen. Der nicht anwesende Betroffene kann die Bescheinigung nachträglich verlangen. Stenglein 3, a. M. Löwe 1 zu § 107, John I, 827.

[14]) Mitteilung des Grundes erfolgt durch Mitteilung dessen, was man bei der Durchsuchung hat finden oder sehen wollen. Der Verdächtige (§ 102 St.P.O.) erfährt auch, wessen er beschuldigt ist.

[15]) Vgl. John I, 827 ff.

[16]) Es handelt sich um eine einstweilige Massregel, die unter § 98 Abs. 2 fällt. Über die Erweiterung des § 98 Abs. 1 durch § 108 vgl. schon oben und Löwe 1 zu § 108. Dass der § 109 auf jeden Fall der Beschlagnahme Anwendung findet, vgl. schon oben. Zu § 109 noch John I, 830.

[17]) Papiere sind beschriebene Papiere, insbesondere auch Handlungs- und Rechnungsbücher; nicht dagegen ohne weiteres Drucksachen; Löwe 2 zu § 110, v. Kries 302.

[18]) Auf Durchsuchung von Papieren ohne Durchsicht ihres Inhalts findet § 110 nicht Anwendung.



Der § 110 St.P.O. spricht nur von den Papieren „des von der Durchsuchung Betroffenen"[19]). Die Papiere Anderer, die sich in seinem Gewahrsam befinden[20]), fallen nicht unter § 110 St.P.O. Ob der von der Durchsuchung Betroffene der Verdächtige ist oder nicht, ist nach § 110 gleichgültig[21]).

b) Die Rechte des Betroffenen werden durch § 110 Abs. 2 und 3 gesichert. Der Abs. 2 geht davon aus, dass der Inhaber[22]) bei der Durchsuchung zugegen ist, will aber nicht die Möglichkeit der Wegnahme der Papiere an die Gegenwart des Inhabers knüpfen[23]).

## Zweites Kapitel.

## Die Sicherung der Person des Beschuldigten.

### A. Die Verhaftung.

### § 56.

### Voraussetzungen; Zuständigkeit zur Haftverhängung.

I. a) Das einfachste Mittel, den Beschuldigten zur Gestellung vor den Richter zur bewegen, ist die Ladung, d. h. der von der dazu berechtigten Behörde[1]) ausgehende Befehl an den Beschuldigten, sich an einem bestimmten Orte zur bestimmten Zeit vor einem bestimmten Einzelrichter oder Gericht[2]) zu stellen. Eine Erzwingung des Gehorsams der Ladung gegenüber ermöglicht die Vorführung des Beschuldigten[3]). Erst wo Ladung und Vorführung

[19]) Selbstverständlich setzt § 110 Papiere voraus, die der Beschlagnahme unterliegen.

[20]) A. M. Löwe 2 zu § 110.

[21]) Vgl. dazu jedoch John I, 832 ff.

[22]) Das Gesetz verlangt ausdrückliche Genehmigung des Inhabers. Sein Vertreter ist zur Genehmigung nicht berechtigt; John I, 834, Löwe 4, Stenglein 6 zu § 110.

[23]) Die Papiere, „deren Durchsicht geboten" scheint, nicht ohne weiteres alle Papiere, sind einzusiegeln. Wie die Beamten diese herausfinden sollen, da sie ja von ihrem Inhalt nicht Kenntnis nehmen dürfen, ist allerdings schwer einzusehen; John I, 832.

[1]) Staatsanwaltschaft oder Gericht. Über die Ladung des Beschuldigten im Privatklageverfahren unten.

[2]) Die Ladung des Beschuldigten vor die Polizei oder die Staatsanwaltschaft behandelt die St.P.O. nicht. Sie stehen einander auch juristisch nicht gleich. Die Ladung vor den Richter, mag sie jemand als Beschuldigten oder als Zeugen etc. citieren, ist Akt der Gerichtsbarkeit, auch wenn sie von der Staatsanwaltschaft ausgeht. Die Ladung vor die Polizei oder die Staatsanwaltschaft ist ein Akt der Justizverwaltung. Vgl. auch Binding Gr. § 69.

[3]) Vgl. näheres unten bei der Vernehmung des Beschuldigten und bei der Vorbereitung der Hauptverhandlung. Über die Erzwingung der Ladung bei Zeugen und Sachverständigen unten.

versagen oder nicht ausreichen, gestattet das Gesetz die Verhaftung des Beschuldigten.

b) Nicht ist, wie aus §§ 125, 126 St.P.O. hervorgeht, Voraussetzung, dass bereits die Anklage erhoben sei, wenn dies auch die Regel ist[4]).

II. a) Allgemeine Voraussetzung für die Verhaftung im Sinne des § 112 ff. St.P.O.[5]) ist das Vorhandensein eines dringenden[6]) Verdachts gegen eine bestimmte Person, die in Frage stehende strafbare, von den ordentlichen Gerichten zu verfolgende[7]), Handlung begangen zu haben. Ob solcher Verdacht vorliegt, entscheidet der die Verhaftung anordnende Richter[8]).

III. Zu dem „dringenden" Verdacht müssen nach § 112 St.P.O. hinzukommen als besondere „causae arresti" entweder **Flucht-Gefahr**, d. h. der Beschuldigte muss „der Flucht[9]) verdächtig" sein, oder sog. **Kollusionsgefahr**, d. h. der Verdacht, der Beschuldigte werde, auf freiem Fuss belassen, in der von § 112 St.P.O. bezeichneten störenden Weise auf den Belastungsbeweis einwirken.

---

[4]) Über die Unterscheidung von Verhaftung und vorläufiger Festnahme gleich unten. Kritische Bemerkungen dazu und zu der keineswegs glücklichen Regelung des Stoffes durch die St.P.O. bei v. Kries 310. Die St.P.O. kennt daneben noch andere Freiheitsbeschränkungen, z. B. in §§ 135, 230 St.P.O., Löwe 4 vor § 112; sie sind nicht Verhaftungen im Sinne des Gesetzes. Der § 112 St.P.O. spricht vom Angeschuldigten. Der Entwurf unterschied Verwahrung, die vor der Klageerhebung eintrat, von der nach der Klage eintretenden Verhaftung. Vgl. auch Binding 101. Die St.P.O. hat die Materie der Verhaftung nicht erschöpfend geregelt, sie behandelt nur die Materie der Untersuchungshaft in dem Verfahren vor den ordentlichen Strafgerichten. Ausserdem finden sich in anderen Reichsgesetzen Bestimmungen, die nach § 5 E.G. z. St.P.O. von der St P.O. nicht berührt werden, so z. B. Seemannsordnung § 103. Vgl. Löwe 3 vor § 112 St.P.O., John I, 840. — Über die polizeiliche Festnahme im Interesse der öffentlichen Ordnung und Sicherheit unten. Ebensowenig behandelt die St.P.O. die Verhaftung zum Zwecke der Auslieferung von Verbrechern an das Ausland. Die Vorführung zu einzelnen Untersuchungshandlungen fällt nicht unter die Verhaftung; vgl. v. Kries 310 und noch unten.

[5]) Über die nicht vom Richter angeordnete Verhaftung des § 485 St.P.O., die nicht die Person des Beschuldigten für den Prozess, sondern für die Strafvollstreckung sichern will, vgl. unten.

[6]) Vgl. auch H. H. I, 344; Löwe 3a zu § 112 St.P.O. Der Entwurf sprach von „hinreichendem" Verdacht. Ob und inwieweit man den unschuldig Verhafteten entschädigen müsse, ist eine Frage, die im deutschen Recht noch nicht geregelt ist. Glaser II, 298 Anm. 3.

[7]) Vgl. schon den vorigen §.

[8]) Auch im Falle des § 125.

[9]) Es genügt auch der Verdacht, der Beschuldigte werde durch seine „Flucht" das Verfahren aufzuhalten versuchen. Es ist also nicht nötig, dass er sich durch Flucht dem Verfahren gänzlich entziehen will. Ein besonderer Haftgrund ist nach § 229 Abs. 2 das Ausbleiben in der Hauptverhandlung; vgl. noch unten.

a) Der Fluchtverdacht beruht nach § 112 St.P.O. entweder auf Thatsachen oder auf Rechtsvermutungen. Fluchtverdächtig im Sinne des § 112 St.P.O. ist auch der, von dem man fürchtet, er werde sich verborgen halten[10]) oder sich etwa durch schnellen Aufenthaltswechsel dem Prozess zu entziehen suchen u. s. w.[11]). Auf welche „Thatsachen" der Fluchtverdacht gestützt wird, hat der Richter seiner schriftlich in die Akten eingetragenen, die Haft verhängenden Entscheidung ausdrücklich hinzuzufügen[12]).

In den Fällen des § 112 Abs. 2 wird der Fluchtverdacht präsumiert; er bedarf keiner weiteren „aktenkundig" zu machenden Begründung; es genügt, dass eine der von Abs. 2 genannten Thatsachen als vorliegend angeführt werden kann und nicht Gründe vorliegen, die trotz Vorliegens jener Umstände gegen die Flucht sprechen. Die Schwere der in Rede stehenden That[13]) und bestimmte persönliche Eigenschaften des Beschuldigten, die ihm die Flucht erleichtern[14]), sind hier in Betracht gezogen.

b) Die Haft soll eine drohende Kollusion verhindern. Deshalb ist sie überflüssig, wenn die Kollusion bereits stattgefunden hat und weitere nicht mehr droht[15]).

---

[10]) Fliehen und sich verborgen halten werden auch von § 131 St.P.O. nebeneinander gestellt. Vgl. Löwe 4a zu § 112 St.P.O. Befürchtung, der Beschuldigte werde Selbstmord verüben, genügt nicht.

[11]) Man denke auch an Wechsel des Namens u. s. w. Vollständige Aufzählung der Fälle ist unmöglich.

[12]) Der letzte Satz des § 112 Abs. 1 bezieht sich nicht etwa nur auf die Kollusionshaft, wie aus dem Anfang des 2. Abs. des § 112 hervorgeht; nur in den von Abs. 2 behandelten Fällen ist eine Begründung des Fluchtverdachts unnötig, also in allen übrigen Fällen des Fluchtverdachts notwendig; vgl. aber Löwe 4g zu § 112.

[13]) Zu Ziff. 1 § 112 vgl. St.G.B. § 1 und das nähere z. B. bei v. Liszt § 25.

[14]) Heimatloser ist auch der, dessen Heimat nicht ermittelt werden kann. Heimat ist gleich Heimat im Deutschen Reich; der Begriff der Heimat ist schwer zu fassen, Heimat und Wohnsitz oder Geburtsort ist nicht dasselbe; v. Kries 313, Löwe 4d zu § 112 St.P.O. Landstreicher ist der, der zwar eine Heimat hat, aber gewohnheitsmässig „ohne festen Lebenslauf und ohne einen seine Ernährung sichernden Beruf" im Lande herumzieht. Herumziehen in der nächsten Umgebung des Wohnorts zum Zwecke des Bettelns ist nicht ohne weiteres Landstreicherei; vgl. z. B. Olshausen 2 zu § 361 St.G.B. Ausländer ist jeder Nichtdeutsche. „Nicht im stande sich auszuweisen" ist jeder, der sich nicht ausweist, auch wenn er es könnte, aber nicht will. Voraussetzung ist, dass der Angeschuldigte nicht bekannt ist. Zu § 112 tritt ergänzend hinzu § 229 St.P.O.

[15]) Über Zweckmässigkeit der Kollusionshaft vgl. z. B. H. H. I, 347 ff., Glaser II, 300, Ullmann 303, Kritik der St.P.O. bei John zu § 112, v. Kries 310 ff. Bei der immerhin denkbaren Einwirkung auf den Entlastungsbeweis ist Haft nicht zulässig. Vgl. noch Löwe 5a zu § 112. Über die Zeugnispflicht unten und noch v. Kries 314.

IV. Die Verhaftung ist auch bei den schwersten Thaten nie notwendig, sondern stets nur nach Ermessen des Richters zu verhängen[16]. Dagegen ist sie in gewissen leichten Fällen unzulässig, oder nur bedingt zulässig. Kollusionshaft ist in den Fällen des § 113 St.P.O. unbedingt unzulässig[17], eine Fluchthaft nur bedingt zulässig. Hier greifen die Rechtsvermutungen des § 112 nicht Platz. Verlangt wird das Vorliegen der von § 112 Z. 2 u. 3 genannten Umstände, oder das Stehen unter Polizeiaufsicht[18], bezw. die Möglichkeit der Überweisung an die Landespolizeibehörde nach § 362 St.G.B. **und** ausserdem Fluchtverdacht[19].

V. Die Verhängung der Verhaftung hat nach § 114 St.P.O. **allein der Richter**. Welcher Richter zu entscheiden hat, richtet sich nach dem Prozessabschnitte, in dem die Entscheidung erfolgt. Grundsatz ist nach § 124 Abs. 1 St.P.O., dass das Gericht im Gegensatz zum Einzelrichter entscheidet[21]. Doch sind eine ganze Reihe von Abweichungen zugelassen.

c) In dem vor der Anklage liegenden sog. Ermittelungsverfahren des § 156 ff. St.P.O. ist ein mit der Sache befasstes „Gericht" noch nicht vorhanden. Die Verhängung der Untersuchungshaft liegt in der Hand des von § 125 Abs. 2 St.P.O. bezeichneten Amtsrichters[22].

---

[16]) Anders z. B. nach österreichischem Recht, vgl. Rulf 124 ff.

[17]) Vgl. z. B. §§ 145, 276 St.G.B. Der § hat mit den Haft- und Geldstrafen nur die Hauptstrafen im Auge, nicht auch die neben Geld und Haft etwa zu verhängenden Nebenstrafen; Löwe 1 zu § 113 St.P.O.

[18]) Nicht genügt, dass auf Stellung unter Polizeiaufsicht erkannt ist.

[19]) Vgl. Löwe 2 zu § 113, John zu § 113. A. M. ohne Begründung Glaser II, 301.

[20]) Anders bei anderen Zwangsmassregeln, z. B. der Beschlagnahme. Die abweichende Ansicht v. Kries 314 erklärt sich aus seiner Auffassung der Massregeln des § 127 St.P.O.

[21]) Vgl. auch Löwe 1 zu § 124 St.P.O.

[22]) Ob auch nach der Anklageerhebung der Amtsrichter bei Gefahr im Verzuge eine Verhaftung anstatt des mit der Sache befassten Gerichts anordnen könne, ist im einzelnen streitig. Der § 128 Abs. 2 scheint sie nur zu gestatten, wenn eine Festnahme des Beschuldigten stattfand. Doch wird man aus praktischen Erwägungen und vor allem gemäss der allgemeinen Anordnung des § 21 St.P.O. auch ohne vorgängige Festnahme die Verhaftungsbefugnis des Amtsrichters annehmen müssen. So auch John I, 900, Löwe 4b, Stenglein 7 zu § 127 St.P.O. Vgl. noch Löwe 5 zu § 126 St.P.O.

b) In der Voruntersuchung ist ein „zuständiges" d. h. mit der Sache befasstes „Gericht" vorhanden. Neben ihm, d. h. entweder neben der beschliessenden Strafkammer oder dem ersten Strafsenat des Reichsgerichts ist nach § 124 der Untersuchungsrichter[23]) zur Verhaftung zuständig. Nach Schluss der Voruntersuchung bis zur Eröffnung des Hauptverfahrens kommen Strafkammer und reichsgerichtlicher Strafsenat allein in Frage[24]).

c) Nach dem Eröffnungsbeschluss hat das erkennende Gericht auch die Haftfrage zu erledigen. Bis zur Hauptverhandlung kommt in Schöffensachen § 30 Abs. 2 G.V.G., in Schwurgerichtssachen § 82 G.V.G. in Frage. In dringenden Fällen tritt nach § 124 St.P.O. an Stelle des Gerichts der Vorsitzende.

d) Während der Hauptverhandlung entscheidet das erkennende Gericht, im Geschworenenverfahren die richterlichen Mitglieder des Gerichts[25]).

e) Von den höheren Instanzen kann zweifellos das Berufungsgericht Verhaftungen verhängen. Das Revisionsgericht soll dagegen, da es lediglich zur „Prüfung einer behaupteten Rechtsverletzung" berufen sei, „mit Feststellung und Würdigung thatsächlicher Verhältnisse", zu denen auch z. B. der Fluchtverdacht gehört, nicht befasst werden[26]).

---

[23]) Der § 124 Abs. 1 St.P.O. gilt auch hier. Der § 124 Abs. 2 findet auch Anwendung auf die Fälle der §§ 183 und 184 St.P.O., nicht auch auf den von § 183 St.P.O. genannten Amtsrichter. Vgl. noch John I, 841 zu 2, Löwe 2a zu § 124; a. M. Stenglein ** zu § 124.

[24]) Vgl. noch § 205 Abs. 2 St.P.O. und Löwe 11 zu § 124 St.P.O. Über die Stellung des Untersuchungsrichters im einzelnen vgl. Löwe 5 ff. zu § 124. Eine Überschreitung der von § 124 Abs. 2 angeordneten Frist hat höchstens disciplinäre Folgen für die Richter.

[25]) Bei Verurteilung des Beschuldigten bleibt der Haftbefehl, wenn die That nicht unter § 113 St.P.O. fällt, regelmässig aufrecht erhalten. Ist er z. B. bei Freisprechung aufgehoben, so ist bis zur Einlegung des Rechtsmittels kein „zuständiges" Gericht da. Der § 21 St.P.O. setzt ein sachlich zuständiges, wenn auch örtlich unzuständiges Gericht voraus. Ein Haftbefehl ist auch dann möglich, wenn der Beschuldigte in Strafhaft sitzt. Durch die Untersuchungshaft wird eventuell die Strafhaft unterbrochen. Über Anrechnung der Untersuchungshaft auf die Strafhaft vgl. § 482 St.P.O. und unten. Ist der Beschuldigte in der Sache A verhaftet, so kann trotzdem auch in der Sache B ein Haftbefehl erlassen werden; es ist das von Bedeutung, wenn etwa der erste Haftbefehl z. B. infolge Freisprechung wegfällt; v. Kries 314, Löwe 8 zu § 114.

[26]) So das Reichsgericht in E III, 421. R. III, 141, IX, 352. Die Entscheidungen sind in ihren Folgen bedenklich. Es ist z. B. der Angeklagte vom Schwurgericht infolge eines offenbaren Irrtums freigesprochen. Die Freisprechung zieht Aufhebung des Haftbefehls nach sich. Der Staatsanwalt legt Revision ein und beantragt, weil der

f) Das ein Haftbefehl auch bei Antragsdelikten zulässig ist und zwar schon vor Stellung des Antrags, ergiebt sich aus § 130 St.P.O. Die Benachrichtigung des Antragsberechtigten, der vielleicht von der gegen ihn verübten That noch gar nichts weiss, soll seine Entschliessung darüber, ob er den Strafantrag stellen will, herbeiführen[27]).

VI. Die auf die Haft bezüglichen Entscheidungen sind durch Beschwerde gemäss §§ 346, 347, 352 anfechtbar.

## § 57.

## Die Aufhebung der Verhaftung und der Vollzug der Untersuchungshaft.

I. a) Ausnahmslos gehört, wie die Anordnung, so auch die Aufhebung der Verhaftung zur Zuständigkeit des Richters. Sie ist vor wie nach der Anklageerhebung zulässig oder sogar geboten. Vor der Anklage ist die Staatsanwaltschaft Herrin der Sache, der Amtsrichter ist ihr Gehülfe. Deshalb ist er nach § 126 St.P.O. durch den Antrag der Staatsanwaltschaft zur Aufhebung des Haftbefehls selbst dann gezwungen, wenn er sie für unzweckmässig hält; anders nach der Anklageerhebung.

b) Der Haftbefehl ist nach § 123 St.P.O. aufzuheben bei Weg-

---

Freigesprochene offenkundig Anstalten zur Flucht trifft, die Verhaftung. Das Revisionsgericht kann nach Ansicht des Reichsgerichts die Verhaftung nicht anordnen, das Schwurgericht kann es auch nicht mehr, ebensowenig der Amtsrichter nach § 21, denn es fehlt ihm an sachlicher Zuständigkeit, die § 21, der örtliche Unzuständigkeit im Auge hat, voraussetzt. Der Beschuldigte hat Zeit zu fliehen. Der § 489 kann hier nicht in Frage kommen. Wenn E. III, 442 sagt, der Würdigung des Revisionsgerichts seien thatsächliche Verhältnisse entzogen, so ist das gewiss richtig, insofern es die dem angefochtenen Urteil zu Grunde liegenden Thatsachen angeht. Die Verhaftung dagegen steht ganz ausserhalb der Urteilsfällung. Die Frage ist hier, ob nicht auch das Revisionsgericht zur Sicherung der Person des Beschuldigten befugt sein soll. E. III, 421 ist ja auch bezüglich der Aufhebung der Haft nach § 123 ausdrücklich anderer Ansicht. Auch da kann es sich doch um Würdigung thatsächlicher Verhältnisse handeln. v. Kries spricht 317 die Ansicht aus, die untere Instanz behalte die Zuständigkeit für die Haft. Das ist im Gesetz nirgends zum Ausdruck gekommen. Vgl. E. III, 422 bez. der früheren preussischen Praxis; Ullmann 305.

[27]) Die Benachrichtigung geht von dem verhaftenden Amtsrichter aus. Erfolgt darauf die Erklärung, der Antrag werde nicht gestellt, so muss sofort Haftaufhebung erfolgen. Ob eine Fristverlängerung aus § 127 beim Schweigen des Antragsberechtigten zulässig ist, ist bestritten, aber mit Löwe 3 zu § 130 gegen Stenglein 8 zu § 127 zu bejahen, der den § 126 St.P.O. ohne Einschränkung für anwendbar erklärt. Allerdings wird eine Verlängerung kaum je praktisch werden.



fall des in ihm angegebenen[1]) Haftgrundes[2]). Selbstverständlich erfolgt die Aufhebung beim Wegfall des dringenden Verdachts der That überhaupt[3]), ebenso wenn ein freisprechendes Urteil ergeht nach § 123 Abs. 2, selbst wenn ein Rechtsmittel gegen dasselbe eingelegt würde[4]). Der Freisprechung steht nach § 123 St.P.O. gleich die Entscheidung, dass der Angeschuldigte ausser Verfolgung gesetzt wird[5]).

Für die Zeit vor der Anklage kommt von den Aufhebungsgründen des § 123 nur der Wegfall des Haftgrundes in Frage[6]). Nach § 126 muss der Haftbefehl aufgehoben werden, wenn es die Staatsanwaltschaft beantragt[7]), oder wenn innerhalb der Frist des § 126 Abs. 1 nach der Vollstreckung des Haftbefehls die Klageerhebung nicht erfolgt, oder der Amtsrichter dem Antrage der Staatsanwaltschaft auf Fristverlängerung nicht gemäss § 126 Abs. 3 statt giebt[8]). Diese einstweilige Haft kann nach dem Gesetz bei Verbrechen oder Vergehen längstens vier Wochen, bei Übertretungen zwei Wochen währen.

c) Die Verhaftung kann auch aufgehoben werden trotz Vorliegens von Haftgründen und selbst wenn ein verurteilendes Erkenntnis erging[9]).

---

[1]) Nicht eines jeden überhaupt. Tritt an Stelle des zuerst angegebenen Fluchtverdachts Kollusionsgefahr, so ist der alte Haftbefehl aufzuheben und ein neuer zu erlassen. Dieser neue Haftbefehl ist dem Verhafteten nach § 114 wie der alte bekannt zu machen; a. M. Löwe 3 zu § 123.

[2]) Der durch die Präsumtionen des § 113 begründete Fluchtverdacht fällt weg, wenn sich z. B. herausstellt, dass die That, die man als Verbrechen ansah, keines ist, ebenso wenn der Verdächtige sich ausweist.

[3]) Damit entfällt die allgemeine Voraussetzung einer jeden Verhaftung. Vgl. John I, 891, auch Löwe 2 zu § 123. Das ist auch der Fall, wenn sich z. B. herausstellt, dass der Beschuldigte zur Zeit der That noch nicht 12 Jahre alt war.

[4]) Der Haftbefehl muss ausdrücklich aufgehoben werden. Eine Wiederverhaftung ist aber möglich, sobald sich ein Haftgrund ergiebt; insbesondere ist auch die Berufungsinstanz zu ihr befugt; vgl. oben und John I, 892, Löwe 7 zu § 123.

[5]) Vgl. § 202 St.P.O. Auch hier gilt § 123 Abs. 2.

[6]) Die anderen setzen bereits erhobene Klage voraus.

[7]) Der Staatsanwalt ist noch „dominus litus"; vgl. unten. Der Amtsrichter wird übrigens den Haftbefehl auch ohne, ja gegen den Willen der Staatsanwaltschaft, aufheben müssen, wenn der Haftgrund wegfällt. Der § 124 steht dem nicht entgegen; er spricht nur vom Untersuchungsrichter und dem Vorsitzenden. Vgl. auch John I, 900, Löwe 3 zu § 126. aber auch Stenglein 1 zu § 125 St.P.O.

[8]) Die Aufhebung erfolgt von Amts wegen; Löwe 4a zu § 126 St.P.O., auch M. IV, 294. Fristberechnung erfolgt nach § 43 St.P.O. Über die Anordnung des § 126 Abs. 3 im einzelnen Löwe 5, Stenglein 5 zu § 126. Darüber, dass die Bestimmung ihren Zweck in der Praxis in keiner Weise erfüllt, v. Kries 320 ff. Vgl. noch § 205 St.P.O.

[9]) Trotz einer Verurteilung kann übrigens der Haftgrund weggefallen sein. Dann muss nach § 123 St.P.O. Aufhebung erfolgen. Man nehme an, der Beschuldigte sei wegen eines Verbrechens, z. B. Raubes, angeklagt und nach § 112 Z. 1 verhaftet;

d) Die Befugnis zur Aufhebung des Haftbefehls bestimmt sich nach § 124 St.P.O. Auch der Untersuchungsrichter und der Vorsitzende des erkennenden Gerichts haben sie, aber nur in Übereinstimmung mit der Staatsanwaltschaft[10]; bei Uneinigkeit hat sich[11] gemäss 124 Absatz 2 das Gericht mit der Sache zu befassen.

II. a) Die Verhaftung wird vollzogen auf Grund eines dem § 114 St.P.O. entsprechenden, vom Richter erlassenen schriftlichen[12] Haftbefehls. Ausser der „genauen“ Bezeichnung der Person des zu Verhaftenden[13] und der Bezeichnung der ihm zur Last gelegten That[14] muss er den Grund der Verhaftung[15] enthalten.

b) Bei der Verhaftung[16], spätestens aber „am Tage nach seiner Einlieferung in das Gefängnis“[17], ist dem Beschuldigten der Haftbefehl bekannt zu machen, desgleichen insoweit ein solches vorhanden ist[18], das ihm zustehende Beschwerderecht, das sich sowohl auf

---

Verurteilung erfolge nur wegen einer Entwendung aus § 370⁵ St.G.B., also einer Übertretung. Die Aufhebung muss, wenn nicht § 113 vorliegt, erfolgen. So auch Löwe 4, Stenglein 3 zu § 123, vgl. aber auch John I, 859.

[10]) Sehr bedenklich die Begründung von v. Kries 320, der Untersuchungsrichter bedürfe deshalb der Einwilligung des Staatsanwalts zur Haftentlassung, weil er „im Interesse der Strafverfolgung, also des Staatsanwalts“, handle.

[11]) Nicht ist das Sache der Staatsanwaltschaft. Vgl. noch Glaser II, 396, Löwe 6 zu § 124. Über die Berechnung der 24 Stunden vgl. John I, 895.

[12]) Schriftlich ist auch der in das Verhandlungsprotokoll aufgenommene Haftbefehl; Löwe 1 zu § 114.

[13]) Dadurch soll die Identität der Person gesichert werden; vgl. § 132 Abs. 2 St.P.O. Angabe des Namens genügt. Wenn man ihn nicht kennt, z. B. im Falle des § 112 Z. 2, so muss man auf andere Weise den Zweck zu erreichen suchen. Eine „Beschreibung des zu Verhaftenden“, wie in § 131, wird nicht verlangt.

[14]) Nicht etwa nur die juristische Bezeichnung der That, etwa der „Brandstiftung“, sondern etwa: „Gegen den X, der dringend verdächtig ist, am 10. Mai 1888 zu Y das Wohnhaus des Z vorsätzlich in Brand gesetzt zu haben“ u. s. w. Der zu Verhaftende muss wissen, um welche That es sich handelt. Löwe 3 zu 114 und John I, 848.

[15]) Es soll angegeben werden, ob Flucht- oder Kollusionshaft verhängt wird, nicht müssen die Thatsachen, auf die sich der Verdacht gründet, angegeben werden; John I, 849, Stenglein 2 zu § 114, v. Kries 315; a. M. Löwe 3 zu § 114. Es ist zu unterscheiden zwischen dem Haftgrund und den Thatsachen, auf denen er beruht. Nur vom ersten spricht das Gesetz.

[16]) Die Veranlassung der Ausführung der Verhaftung kann in verschiedener Weise stattfinden. Nach § 36 hat die Vollstreckung von Entscheidungen die Staatsanwaltschaft, ebenso auch der Amtsrichter und der Untersuchungsrichter, aber auch das erkennende Gericht kann z. B. in der Sitzung die Verhaftung vornehmen lassen; v. Kries 315.

[17]) Nicht nach seiner Ergreifung.

[18]) Es besteht nicht, wenn ein reichsgerichtlicher Strafsenat den Haftbefehl erliess. John I, 850 bemerkt irrig, dass in reichsgerichtlichen Sachen eine Beschwerde nicht möglich sei. Hat der Untersuchungsrichter des Reichsgerichts den Strafbefehl erlassen, so ist nach § 138 G.V.G. Beschwerde an den I. Strafsenat statthaft. Beschwerde ist auch zulässig, wenn in Reichsgerichtssachen der Amtsrichter im Vorverfahren verhaftet. Vgl. noch Löwe 5 zu § 114.

die Verhaftung, als auf den Inhalt des Haftbefehls[19]) beziehen kann. Die Bekanntmachung geschieht je nach Lage der Verhältnisse nach § 35 St.P.O. durch Zustellung[20]) oder Verkündung.

Die gleiche Zeitbestimmung wie § 114 giebt § 115 St.P.O., der Verhaftete ist von einem Richter[21]) über „den Gegenstand der Beschuldigung" zu „hören"[22]). Der § 115 findet Anwendung, auch wenn der folgende Tag ein Sonntag u. s. w. ist, und in jedem Abschnitte des Verfahrens[23]), sowie auch dann, wenn der Beschuldigte bereits früher richterlich gehört ist.

c) Trotz aller Vorsicht sind Personenverwechselungen und andere Irrtümer[24]) nicht ausgeschlossen. Es wäre nicht praktisch, dem Verhafteten immer vor den oft weit entfernten zuständigen Richter zu stellen. Das wird vermieden durch § 132 St.P.O. Der Verhaftete wird auf sein Verlangen[25]) sofort dem am schnellsten zu erreichenden[26]) Amtsrichter zugeführt und spätestens „am Tage nach der Ergreifung" vernommen. Der Hauptzweck dieser Vernehmung ist nach § 132 Abs. 2 die Erbringung des vom § 132 Abs. 2 genannten Nachweises und die Erzielung der Freilassung[27]).

III. a) Der Untersuchungshaft als einer notwendigen Sicherungsmassregel gegen einen der Schuld noch nicht Überwiesenen entspricht

---

[19]) Z. B. weil die genaue Angabe der Strafthat fehlt. Über die Beschwerde vgl. § 346 ff., sowie unten.

[20]) Vgl. unten. Da die Zustellung einen Zustellungsbeamten (§ 155 G.V.G.) voraussetzt, so ist, wo „bei der Verhaftung" ein solcher nicht zugegen ist, Bekanntmachung bei der Verhaftung „nicht thunlich". Die Verhaftung wird dadurch nicht unrechtmässig, dass die Verkündung bei ihr unterlassen wird. R. VIII, 424 Vgl. noch Löwe 4 zu § 114, aber auch John I, 850, Stenglein 3 zu § 114. Die Verhaftung ist auch zur Nachtzeit zulässig; vgl. noch § 104.

[21]) Nicht notwendig der zuständige Richter; John I, 851.

[22]) Nicht förmlich zu vernehmen oder zu verhören. Er soll Gelegenheit bekommen, durch seine Angaben Freilassung zu erlangen; Löwe 3 zu § 115. Zu Äusserungen zwingen kann man ihn nicht; vgl. auch John I, 851.

[23]) Der § 115 gilt für das ganze Verfahren, auch für die höheren Instanzen. Ist der Tag nach der Einlieferung der Tag der Hauptverhandlung, so wird der Angeklagte in der Hauptverhandlung gehört. Erfolgt die Verhaftung in einem richterlichen Termine, so wird der Verhaftete natürlich gleich im Termine „gehört", in solchem Falle ist § 115 nicht anwendbar. Vgl. Löwe 2 zu § 115.

[24]) Z. B. Verhaftung in Unkenntnis der erfolgten Aufhebung des Haftbefehls.

[25]) Belehrung des Verhafteten über sein Recht ist von § 132 St.P.O. nicht vorgeschrieben; vgl. aber v. Kries 318.

[26]) Das ist „der nächste". Es braucht nicht der Amtsrichter des Bezirks, in dem die Verhaftung erfolgte, zu sein. Vgl. noch John I, 915 ff.

[27]) Der Amtsrichter darf nur aus den von § 132 Abs. 2 St.P.O. genannten Gründen freilassen. Er hat nicht zu prüfen, ob die Verhaftung rechtsgültig angeordnet ist. Auch der Verhaftende selbst kann den Verhafteten freilassen, wenn er sieht, dass er sich geirrt hat.

es, dass sie nicht länger ausgedehnt werde, als unbedingt nötig ist, dass dem Verhafteten nicht grössere Lasten und Unbequemlichkeiten auferlegt werden, als zur Erreichung des Zweckes erforderlich sind.

b) Grundgedanke des den Vollzug der Untersuchungshaft regelnden § 116 St.P.O. ist, dass die Untersuchungshaft sich von der Strafhaft unterscheiden soll. Der Untersuchungsgefangene steht rechtlich freier als der Strafgefangene[29]). Er hat das Recht der Selbstbeschäftigung[30]) und Selbstbeköstigung, soweit die „Ordnung im Gefängnisse"[31]) es erlaubt. Er soll gesondert von Strafgefangenen gehalten werden, er soll in der Haft[32]) ungefesselt sein.

c) Da die Untersuchungshaft Sicherung der Person des Beschuldigten für die Durchführung des gerichtlichen Verfahrens will, müsste sie strenggenommen wegfallen mit der Rechtskraft eines verurteilenden Erkenntnisses. Dass das nicht der Fall ist, ergiebt sich schon aus § 482 St.P.O. Mit der Rechtskraft wird die Untersuchungshaft Sicherungshaft für den Strafvollzug, sie muss auf die Dauer des Strafvollzuges angerechnet werden[33]).

## § 58.

## Die Befreiung von der Untersuchungshaft gegen Sicherheitsleistung.

I. Untersuchungshaft soll nur eintreten, wo ihr Zweck anders nicht erreichbar ist. Wo psychischer Zwang ausreicht, soll der physische wegfallen. Man sucht die Sicherung des Beschuldigten für

[28]) Der § 116 entstammt im wesentlichen der R.J.K. Vgl. besonders John zu § 116. In den einzelnen Bundesstaaten herrschen bedeutende Verschiedenheiten. Für Preussen Löwe 1 und 2 zu § 116; ausserdem § 148 St.P.O. Welcher Richter nach § 116 Abs. 5 zu entscheiden hat, ist zweifelhaft. Vgl. Löwe 4, Stenglein 1 zu § 116, v. Kries 322, ausserdem noch M. II, 570.

[29]) Er braucht z. B keine Gefangenenkleidung zu tragen.

[30]) Es muss ihm nach M VIII, 103 zwar gestattet werden, zu schriftstellern, aber nicht auch seine Arbeit während der Haft in Verkehr zu bringen. In der Allgemeinheit ist das nicht unbedenklich. Bedenklich ist die Begründung, dass zur Vermeidung von Kollusionen ein so weit gehender Verkehr nach aussen (mit Verlegern und Zeitungen) nicht zulässig sei, und dem Richter „nicht zugemutet werden könne, mit der Prüfung von . . . Manuskripten zu Romanen und Novellen den Geschäftsbetrieb . . . zu fördern". Fördern soll ihn der Richter gewiss nicht, aber auch nicht eventuell die Existenz des Schriftstellers lahm legen. Das ist nicht der Zweck der Untersuchungshaft.

[31]) Man hat absichtlich nicht „Gefängnisordnung" gesagt. Vgl. H. u. J. Hdb. I, 463 ff. Auch John und Löwe zu § 116 St.P.O. Nicht klar Glaser II, 301. Vgl. auch noch § 148 St.P.O.

[32]) Fesselung auf dem Transport kann unter Umständen nötig sein.

[33]) Vgl. noch § 60 St.G.B. und v. Kries 312.

den Prozess dadurch zu erzielen, dass man ihn gegen eine Sicherheit mit der Untersuchungshaft verschont, ihm aber den Verlust der Sicherheitssumme androht, falls er sich dem Verfahren entzieht [1]).

a) Die Stellung einer Sicherheit kann nach § 117 St.P.O. nur die wegen Fluchtverdachts [2]) eintretende Haft ersetzen. Ein Recht auf Freilassung gegen Sicherheit hat der Beschuldigte nicht; andererseits kann der Richter auch bei schweren Strafthaten [3]) die Sicherheit annehmen. Der Richter beschäftigt sich mit der Sicherheit nur, wenn sie ihm vom Beschuldigten oder von seinem Vertreter angeboten wird. Ob er auch ein von anderer Seite ausgehendes Kautionsangebot annehmen will, steht in seinem Ermessen [4]).

Von dem nicht im deutschen Reiche Wohnenden [5]) verlangt § 119 St.P.O. ausser der Sicherheit die Bestellung eines vom Richter für tauglich gehaltenen Zustellungsbevollmächtigten [6]), z. B. des Verteidigers. Die Zustellungsvollmacht besteht solange wie die Sicherheit selbst [7]).

b) Die Sicherheitsleistung vermag nur die **Vollstreckung** des Haftbefehls aufzuheben, nicht auch sein **Bestehen.** Die Sicherheit setzt das Vorhandensein eines Haftbefehls voraus [8]).

c) Die Freilassung gegen Sicherheit ist so lange zulässig, wie die Untersuchungshaft, also im ganzen Laufe des Verfahrens, auch in höherer Instanz [9]).

---

[1]) Der Zweck der Sicherheit und der Haft ist der gleiche. Sie ist „cautio judicio sisti". Nicht soll sie grundsätzlich (vgl. jedoch § 122 St.P.O.) die Strafvollstreckung sichern, „cautio judicatum solvi" sein. Vgl. John I, 860, v. Kries 323, Ullmann 308. Das Gegenstück bildet die Massregel des § 332 St.P.O.

[2]) Massgebend ist der zur Zeit der Sicherheitsleistung bestehende Haftgrund; Löwe 2 zu § 117.

[3]) Vgl. aber Löwe 3 zu § 117, v. Kries 324, Ullmann 307 ff.

[4]) Vgl. noch § 121 Abs. 2 und 3, John I, 863, 873, Löwe 2b zu § 121, 3 zu § 119.

[5]) Das Gesetz spricht in § 119 nicht vom Ausländer.

[6]) Der natürlich die Wahl angenommen haben muss. Ehe der Zustellungsbevollmächtigte dem Richter nicht nachgewiesen ist, hat er über die Freilassung nicht zu beschliessen; vgl. aber auch Stenglein 1 zu § 119 St.P.O. Zuständig ist das mit der Sache befasste Gericht, das den Haftbefehl erlassen hat. Vgl. Löwe 3 zu § 119, Kritik bei v. Kries 324.

[7]) So auch Löwe 6 zu § 119, John I, 868, Ullmann 309; a. M. Stenglein 3 zu § 119.

[8]) Die Verhaftung muss nach § 117 St.P.O. „angeordnet sein". Das hat Folgen für die Anwendung des § 120. Es braucht ein Haftbefehl nicht erst erlassen zu werden; Löwe 1 zu § 117, John I, 861.

[9]) Es ist auch nicht ausgeschlossen die Sicherheit für einzelne Prozessabschnitte, z. B. die Voruntersuchung, anzunehmen; Löwe 5 zu § 121.

d) Die Mittel der Sicherheitsleistung nennt § 118 St.P.O.; die Wahl unter ihnen und die Bestimmung der Höhe der Sicherheit hat der Richter [10]).

II. Die Freilassung kann ihrer Natur nach nur eine bedingte, widerrufliche sein. Sie erfolgt, weil die Zahlung der verlangten Summe, so wie die Sachen jetzt liegen, nach Ansicht des Richters die Flucht hindern wird.

a) Deshalb ist, wenn einer der Gründe des § 120 St.P.O. vorliegt, der bisher in Reserve stehende Haftbefehl zu vollstrecken [11]). Die Gründe zwingen zur Verhaftung. Natürlich kann neben der Haft nicht auch das Haftersatzmittel bleiben, die Sicherheit wird wieder frei [12]).

b) Die Freilassung soll eine auf Antrag dem Beschuldigten gewährte Wohlthat sein, deshalb muss der Richter sie auch dann widerrufen und die Sicherheit freigeben, wenn der Beschuldigte oder die, welche für ihn Kaution oder Bürgschaft stellten, es verlangen [13]).

c) Aber nicht nur in den Fällen des § 120 St.P.O. ist die Verhaftung denkbar, sie kann auch sonst jederzeit erfolgen. Ebensowenig wie ein Anspruch auf Freilassung, besteht ein solcher auf Aufrechterhaltung der Freilassung.

III. Freigabe und Verfall der Sicherheit behandeln die §§ 121 und 122 St.P.O.

a) Ausnahmslos ist daran festzuhalten, dass die freigegebene Sicherheit nicht nachträglich noch verfallen kann; dass weiter eine verfallene Sicherheit nicht wieder frei werden kann [14]). Mit der Freigabe und dem Verfall hat die

---

[10]) Bürgschaft im privatrechtlichen Sinne liegt nach § 118 Abs. 1 nicht vor, Ullmann 308, v. Kries 324. Die Haftung des „Bürgen" ist keine aushülfsweise, er kann nicht verlangen, dass erst der Beschuldigte belangt werde. Vgl. Löwe 4 zu § 118, John I. 865. Die Zuständigkeit für die Entscheidungen ergiebt sich aus § 124 Abs. 1. Vgl. noch § 33 St.P.O. Bedenklich Löwe 4 zu § 120.

[11]) Ob der Beschuldigte im Termine zur Hauptverhandlung oder in einem anderen Termin ausbleibt, ist gleichgültig. Neu hervortretende Umstände sind z. B. hinzukommende Kollusionsgefahr, die Möglichkeit, dass die That schwerer sei, als man zunächst glaubte. Es ist dem Richter nicht verwehrt, den Beschuldigten gegen eine höhere Sicherheit freizulassen. Vgl. Löwe 3 zu § 120, John I, 881.

[12]) „Anstalten zur Flucht" und die Flucht selbst sind nicht zu verwechseln. Erstere bewirken Verhaftung, aber Freigabe der Sicherheit, letztere nach § 122 St.P.O. Verfall der Sicherheit.

[13]) So auch Löwe 2b zu § 121, John I, 873, v. Kries 325. A. M. H. H. I, 371, Stenglein 8 zu § 121 St.P.O.

[14]) Das „noch nicht freigeworden" des § 122 ist selbstverständlich, also überflüssig; John I, 883.

Sicherheit als solche aufgehört zu bestehen[15]). Die Sicherheit wird „ipso jure" frei in dem Augenblick, wo eine der von § 121 genannten Thatsachen eintritt[16]). Dagegen wird nach § 122 der Verfall durch eine gerichtliche „Entscheidung" ausgesprochen, die Sicherheit verfällt erst mit diesem Ausspruch, nicht schon „ipso jure" mit dem in § 122 Abs. 1 genannten Ereignisse[17]). Vor der Entscheidung müssen die von § 122 Abs. 2 St.P.O. Genannten zu einer Erklärung Gelegenheit bekommen[18]). Trotz Vorliegens der Thatsachen des § 122 Abs. 1 kann der Richter die Entscheidung zurückhalten, wenn zu erwarten ist, dass jene Personen die Gestellung des Beschuldigten herbeiführen werden.

b) Die Gründe des § 121 Abs. 1 für das Freiwerden erklären sich aus der Natur der Sicherheit. Da sie Haftersatz ist, ist sie überflüssig, wenn Haft[19]) eintritt, da sie einen Haftbefehl voraussetzt, fällt sie mit dem Haftbefehl, da sie „cautio judicio sisti"[20]) ist, fällt sie weg, sowie sie „cautio judicatum solvi" werden würde[21]).

Der Abs. 2 des § 121 hat die Person des als Bürge in eigenem Namen vor dem Richter Auftretenden im Auge, nicht auch Dritte, die dem Beschuldigten etwa die Haftsumme vorschossen[22]).

---

[15]) A. M. Löwe zu § 121 für den Fall des § 121 Abs. 2 St.P.O., der annimmt, es handle sich im ersten Falle des § 121 Abs. 2 um eine bereits infolge der Flucht verfallene Sicherheit. Dagegen spricht auch die „beabsichtigte" Flucht des zweiten Falles. Gegen Löwe auch Stenglein 10 zu § 121, John I, 876, Ullmann 310. Die zu zahlende Geldstrafe wird also neben der Sicherheit, nicht aus der verfallenen Sicherheit gezahlt; Löwe 5 zu § 122.

[16]) Die gerichtliche Entscheidung, durch die das Freiwerden der Sicherheit ausgesprochen wird, hat nur deklaratorische Wirkung. Ist also der Beschuldigte „zur Haft gebracht" etc., so bleibt die Sicherheit frei, auch wenn er aus der Haft entspringt. So Löwe 1, Stenglein 1 zu § 121, Ullmann 399; ausführlich v. Kries 325 ff.

[17]) A. M. Löwe 1, Stenglein 1 zu § 122, Ullmann 310, wie im Text v. Kries 325, John I, 876. Es wird also die Sicherheit, wenn der Beschuldigte zwar flieht, sich aber, ehe der Verfall ausgesprochen ist, entschliesst, zu stellen, nicht verfallen, während nach Löwes Ansicht gerade das Gegenteil zu behaupten ist. Selbstmord des Beschuldigten bewirkt den Verfall der Sicherheit nicht; vgl. H. H. I 373 und G. 44, 176.

[18]) Der Beschuldigte auch dann, wenn er die Sicherheit nicht gestellt hatte.

[19]) In der Sache, für die die Sicherheit bestand; Löwe 2a zu § 121.

[20]) Die Gründe für Aufhebung des Haftbefehls sind Gründe für Freiwerden der Sicherheit, auch wenn etwa versehentlich, z. B. bei Einstellung des Verfahrens, die Aufhebung des Haftbefehls nicht erfolgte; Löwe 3 zu § 121.

[21]) Der § 121 verlangt „Antritt" der Strafe; dem steht Verhaftung zum Zwecke der Erzwingung des Strafantritts nicht gleich. Löwe 4, a. M. Stenglein 5 zu § 121. Vgl. im einzelnen John I, 859, Löwe 6 zu § 117.

[22]) Löwe 6 zu § 121. Sie haben die „Gestellung bewirkt", wenn infolge ihrer Thätigkeit die zwangsweise oder freiwillige Gestellung des Beschuldigten erfolgte. Ist trotz „rechtzeitiger" Anzeige etwa infolge Säumnis der Behörde die Flucht nicht vereitelt, so wird der Dritte befreit; Löwe 10, Stenglein 11 zu § 121, John I 880, v. Kries 326.

Die Gründe für den Verfall zählt § 122 Abs. 1 St.P.O. auf[23]). Voraussetzung ist immer, dass der Haftbefehl noch zu Recht bestand. Das Verfahren bei der den Verfall aussprechenden Entscheidung behandelt § 122 Abs. 2 und 3. Die Entscheidung fällt der zuständige Strafrichter[24]), er entscheidet auch die vorkommenden civilrechtlichen Fragen, wie die nach Rechtsverbindlichkeit der Bürgschaft u. s. w.[25]). Gegen die Entscheidung giebt es sofortige Beschwerde[26]).

c) Die Freigabeentscheidung bewirkt Aufhebung der nach § 118 St.P.O. zu Gunsten der Staatskasse geschaffenen Rechtsverhältnisse. Die hinterlegten Beträge werden für den frei, der sie hinterlegte, die Haftung des Bürgen erlischt, die Pfandrechte werden aufgehoben. Die von § 122 Abs. 3 genannten Wirkungen der den Verfall aussprechenden Entscheidungen ergeben sich aus § 648 ff. C.P.O. Die Entscheidung hat diese Wirkung sowohl gegenüber dem Bürgen u. s. w., als auch gegenüber dem Beschuldigten selbst. Vor der Rechtskraft wirkt sie wie ein „vorläufig vollstreckbares" Civilurteil, ist sie durch Ablauf der Beschwerdefrist[27]) oder Verwerfung der Beschwerde gegen die Verfallserklärung oder durch Gerechtfertigterklärung der Beschwerde gegen die den Ausspruch des Verfalls ablehnende Entscheidung rechtskräftig geworden, wie ein rechtskräftiges Civilurteil[28]).

---

[23]) Die Ausdrucksweise der St.P.O. ist sehr unbestimmt. Das Ermessen des Richters entscheidet; Löwe 2 zu § 122. Ob die vom § 122 Abs. 1 genannte Freiheitsstrafe unmittelbar erkannt ist, oder an Stelle einer nicht beizutreibenden Geldstrafe tritt, ist gleichgültig; Löwe 6b zu § 117; a. M. John I, 859. Der Verfall erfolgt zu Gunsten der Staatskasse des Staates, der Haft und Sicherheitsleistung anordnete. v. Kries 327.

[24]) Civilklage des Fiskus gegen den Verpflichteten, die die R.J.K. wollte, ist unmöglich.

[25]) Das Verhältnis zwischen dem Beschuldigten und dem Bürgen ist dagegen im Civilprozess zu entscheiden; Löwe 7b zu § 122. Vgl. aber v. Kries 324, der den Beschuldigten für die vom Bürgen zu zahlende Summe nicht einmal subsidiär haften lassen will.

[26]) Die herrschende Ansicht giebt, obwohl der Wortlaut des Gesetzes dem nicht entspricht, auch der Staatsanwaltschaft die sofortige Beschwerde. Vgl. Löwe 11, Stenglein 7 zu § 122, John I, 884 ff., Ullmann 310. A. M. z. B. H. H. I, 373. Vor dem Beschwerdegericht können die in § 122 Abs. 2 Genannten ihre Anträge „mündlich" begründen, ohne dass eine förmliche mündliche Verhandlung gemäss § 225 ff. stattfände. Im einzelnen ist manches streitig. Ausführlich Löwe 12 zu § 122, vielfach abweichend John I, 888, auch Stenglein 8 zu § 122.

[27]) Die Beschwerde hat derjenige, der sich bei Leistung der Sicherheit als der Leistende bezeichnete, nicht auch z. B. der ungenannte Hintermann, der thatsächlich das Geld hergab, aber nicht hervortrat; M. IX, 97.

[28]) Immerhin gilt für die Vollstreckung mancherlei besonderes.

## § 59.

### B. Sicheres Geleit und Vermögensbeschlagnahme.

I. Während Verhaftung und Sicherheitsleistung hindern wollen, dass der anwesende Beschuldigte durch seine Entfernung den Prozess unmöglich mache, wollen sicheres Geleit und Vermögensbeschlagnahme den nicht anwesenden Beschuldigten bewegen, den Prozess durch sein Erscheinen zu ermöglichen.

II. Sicheres Geleit ist nach § 337 St.P.O. die dem im Sinne des § 318 „abwesenden" Beschuldigten[1]) für den Fall, dass er sich stellt, durch Zusicherung des Gerichts gewährte Freiheit von der Untersuchungshaft[2]).

a) Da das Geleit Freiheit von der Untersuchungshaft gewährt, kann es nur insoweit eintreten, als Untersuchungshaft möglich wäre. Die Voraussetzungen für den Haftbefehl sind zugleich solche für das sichere Geleit. Zuständig für seine Erteilung und seinen Widerruf ist das Gericht[3]), das für Erlass und Aufhebung des Haftbefehls in Frage käme[4]).

b) Der Geleitsbrief[5]) schützt nach § 337 Abs. 2 nur vor der Untersuchungshaft wegen einer bestimmten Strafthat[6]). Der Geleitsbrief muss[7]) widerrufen werden, wenn eine der von § 337

---

[1]) Mag er Inländer oder Ausländer sein.

[2]) Sie war dem älteren deutschen Prozess bereits bekannt. Vgl. Zachariae II, 128 ff., auch Bennecke zur Geschichte des deutschen Strafprozesses (1886) 51. Vor der St.P.O. war Erteilung des Geleits vielfach Sache der Landesjustizverwaltung und nicht des Richters, in Bayern bedurfte es eines königlichen Reskripts; v. Kries 328. Nach der St.P.O. ist sie ein Akt der Gerichtsbarkeit; Ullmann 312. Das Geleit wird dem Abwesenden nicht vom Gericht, sondern auf seinen Antrag erteilt. Ein Recht auf Geleit hat er nie.

[3]) Den Untersuchungsrichter nennt anders der § 12 St.P.O., der § 337 nicht, an seiner Stelle muss das Gericht, d. h. Strafkammer oder Strafsenat, entscheiden. So auch Löwe 1 zu § 337, Binding 112, Ullmann 313; a. M. Stenglein 1 zu § 337, v. Kries 328.

[4]) Nicht ist erforderlich, dass ein Haftbefehl erlassen ist.

[5]) So nennt man die dem Beschuldigten zugestellte (§ 35 Abs. 2 St.P.O.) Entscheidung der Gewährung des Geleits.

[6]) Sie muss im Geleitsbrief so, dass sie mit andern nicht verwechselt werden kann, bezeichnet werden. Es kommt auf die That, nicht auf ihre juristische Auffassung an. Schwerere Auffassung der That hat nicht von selbst Verlust des Geleits zur Folge. Löwe 3, Stenglein 3 zu § 337.

[7]) Auch ohne das kann er jederzeit widerrufen werden, so wenn Kollusionsverdacht entsteht u. s. w. An die Aufhebung des Geleits wird nicht ohne weiteres als Rechtsfolge die Verhaftung geknüpft. Soll sie erfolgen, so muss zunächst ein Haftbefehl erlassen werden.

Abs. 3 St.P.O. aufgezählten Thatsachen vorliegt[8]). Das Geleit erlischt „ipso jure“, nicht erst mit einer den Geleitsbrief aufhebenden richterlichen Entscheidung[9]).

III. Die hier zu behandelnde Vermögensbeschlagnahme nach § 332 ff. St.P.O. ist streng zu scheiden von der des § 325 und der Beschlagnahme einzelner Beweis- und Einziehungsstücke des § 94 St.P.O. Es handelt sich hier um eine Massregel, die, indem sie dem Abwesenden die Geldmittel abschneidet, seine Gestellung vor den Richter erzwingen will[10]).

a) Die Beschlagnahme setzt nach § 332 ff. „Abwesenheit“ im Sinne des § 318 St.P.O. voraus. Sie ist vor Erhebung der Anklage und in Schöffensachen[11]) nach § 332 Abs. 3 unzulässig. Dagegen ist auch hier Voraussetzung das Vorliegen von Gründen, welche einen Haftbefehl rechtfertigen würden[12]). Die Zuständigkeit des Gerichts gestaltet sich im wesentlichen wie bei dem Geleit[13]). Das Gericht ist zur Beschlagnahme nie gezwungen.

b) Die Beschlagnahme bewirkt Verfügungsunfähigkeit des Beschuldigten, nicht richtet sie sich gegen sein Eigentum

---

[8]) Das Ergehen des Urteils, nicht erst seine Rechtskraft kommt in Frage. Das in § 268 St.P.O. erwähnte Unterbringungsurteil wird nicht erwähnt; Unterbringung ist keine „Freiheitsstrafe“. Das Gericht kann das Geleit an Bedingungen knüpfen, z. B. dem Beschuldigten einen Aufenthalt anweisen, oder auch noch eine Kaution verlangen, für die §§ 117 ff. nicht ohne weiteres gelten.

[9]) Dies ist bestritten, Löwe 5 zu § 337, der früher a. M., Stenglein 4, v. Kries 328, ebenso die I. Auflage des Lehrbuchs — der Wortlaut des Gesetzes spricht für die im Text vertretene Ansicht. Eine den Verlust des Geleits „aussprechende“ Entscheidung, wie sie z. B. in § 122 Abs. 3 und ähnlich in § 335 St.P.O. erwähnt wird, nennt § 337 nicht. Ebenso wie § 121 knüpft er die Rechtsfolge unmittelbar an den Eintritt der genannten Ereignisse.

[10]) Die Vermögensbeschlagnahme nach §§ 325, 326 St.P.O. sichert die Kosten des Prozesses und die Geldstrafe aus dem Vermögen des Angeklagten. Über § 480 St.P.O. vgl. unten.

[11]) Das sind die Sachen des § 27 G.V.G., nicht auch die des § 75 G.V.G. a. M. v. Kries 331. Dabei ist es gleichgültig, ob eine Sache vor dem Schöffengericht oder etwa vor der Strafkammer verhandelt wird.

[12]) Es gelten also die Regeln der §§ 112, 113 St.P.O., a. M. zum Teil v. Kries 331. Abwesenheit begründet an sich noch keinen Fluchtverdacht; Löwe 30 zu § 332. Nicht ist erforderlich, dass der Haftbefehl bereits vorliegt.

[13]) Da Anklage erhoben sein muss, fällt die amtsrichterliche Zuständigkeit für das Ermittelungsverfahren weg. Wohl aber kann der Amtsrichter nach § 30 Abs. 2 G.V.G. in den den Schöffengerichten überwiesenen Sachen zuständig sein; Löwe 7, a. M. Stenglein 1 zu § 322 St.P.O.

Sie hindert nur Verfügungen unter Lebenden[14]) und erstreckt sich nur auf das im Deutschen Reiche befindliche Vermögen, auf dieses aber im Gegensatz zu § 325 in vollem Umfang. Daher ist jede Verfügung von Todeswegen wirksam, und bleibt jedes vor der Beschlagnahme begründete Recht auch während der Beschlagnahme unberührt[15]). Die Wirkungen treten nicht schon mit Fassung des Beschlagnahmebeschlusses, sondern nach § 334 St.P.O. erst mit seiner ersten Veröffentlichung im Reichsanzeiger ein[16]).

c) Die Beschlagnahme tritt ausser Kraft durch Aufhebung in Form eines neuen Gerichtsbeschlusses nach § 335 St.P.O.[17]), nicht „ipso jure" mit Wegfall ihrer Voraussetzungen. Die Aufhebung muss erfolgen, wenn die Beschlagnahmegründe weggefallen sind, also wenn die Gründe für einen Haftbefehl nicht mehr vorliegen[18]), oder wenn der Beschuldigte aufhört, abwesend zu sein[19]).

d) Auf die Beschlagnahme des § 93 St.G.B. finden nach § 480 St.P.O. die §§ 333—335, auf die des § 140 St.G.B. die §§ 325, 326 St.P.O. entsprechende Anwendung.

[14]) Verfügungen unter Lebenden sind schlechthin nichtig; anders § 326 Abs. 2. Was dahin gehört, bestimmt Civilrecht. Das Gesetz sagt nicht, welches Civilrecht massgebend sein soll; ob das des Gerichts, welches die Beschlagnahme anordnet, oder dasjenige, nach welchem die Verfügung stattgefunden hat. Z. B. Berlin verhängt die Beschlagnahme, der Abwesende schliesst ausserhalb Preussens einen Vertrag ab, der nach preussischem Landrecht ein solcher „inter vivos", nach dem Rechte des Vertragsortes „mortis causa" wäre.

[15]) Es bleiben z. B. die vor der Beschlagnahme gültigen Alimentationsansprüche bestehen. Der § 334 Abs. 2 verlangt Einleitung einer Güterpflege durch die Behörde, welche zur „Einleitung einer Vormundschaft über diesen Abwesenden nach Landesrecht zuständig ist"; vgl. noch Löwe 4 zu § 334.

[16]) Spätere Bekanntmachung und solche in anderen Blättern nach § 333 St.P.O. haben keine rechtliche Wirkung; Motive bei Löwe 1 zu § 334. Die Veröffentlichung liegt in der Ausgabe der betreffenden Nummer in Berlin. Am 10. mittags z. B. erfolgt die Ausgabe in Berlin. Der Verteidiger benachrichtigt telegraphisch den in Paris befindlichen Beschuldigten, der rasch an den X einige in München befindliche Vermögensteile gegen bar verkauft und verschwindet. Trotzdem X „bona fide" handelt, ist der Vertrag ungültig. Anders liegt folgender Fall: Der Verteidiger erfährt, dass das Gericht in Kiel am 10. die Beschlagnahme beschlossen hat. Er telegraphiert das an den Angeschuldigten. Ehe der Reichsanzeiger den Beschluss veröffentlicht, schliesst der Angeschuldigte in London mit dem X, beide „mala fide", einen Vertrag dahin, dass der X dem Angeschuldigten sein in England befindliches Vermögen, der Angeschuldigte dem X sein deutsches überträgt. Der Vertrag würde gültig sein.

[17]) Die Bekanntmachung hat hier nur deklaratorische Wirkung.

[18]) Auch neben dem Haftbefehl ist die Beschlagnahme zulässig. Solange der Haftbefehl besteht, liegen auch die Gründe vor, die „die Erlassung des Haftbefehls rechtfertigen."

[19]) Die Beschlagnahme muss solchenfalls trotz Vorliegens von Haftgründen aufgehoben werden, weiter, wenn Freilassung von der Haft gegen Sicherheit erfolgt, selbstverständlich überhaupt, wenn das Verfahren vor dem ordentlichen Gericht beendet wird. Über § 336 vgl. unten. Vgl. noch v. Kries 331.

## § 60.

### C. Vorläufige Festnahme und Steckbriefe.

I. Die vorläufige Festnahme ist ein Zwangsmittel zur Sicherung der Person des Beschuldigten für das Strafverfahren vor dem ordentlichen Gericht[1]); im übrigen unterscheidet sie sich rechtlich vielfach von der Verhaftung. Die Sicherung des Beschuldigten wäre oft unmöglich, wenn man ausnahmslos das Vorliegen eines Haftbefehls verlangte. Man nehme nur an, die Polizei entdeckte, dass der Verdächtige auf dem Sprunge stehe, zu fliehen[2]); müsste sie auf den Haftbefehl warten, so könnte sie die Flucht nicht hindern. Aus praktischen Erwägungen hat die St.P.O. daher Festnahmen ohne Anordnung des Richters gestattet und sogar den Kreis der zu ihnen Berechtigten sehr weit gezogen. Vorläufige Festnahme ist also die ohne richterlichen Haftbefehl erfolgte Sistierung eines Beschuldigten.

a) Allgemeine Voraussetzung der Festnahme ist nach § 127 Abs. 2 Zulässigkeit eines Haftbefehls und Gefahr im Verzug. Im Falle des § 127 Abs. 1 genügt Fluchtverdacht[3]) oder Unmöglichkeit, die Persönlichkeit des Verdächtigen sofort so festzustellen[4]), dass das Verfahren gegen ihn gesichert ist.

b) Zur Festnahme sind nach § 127 Abs. 2 St.P.O. die Staatsanwaltschaft und jeder Polizei- und Sicherheitsbeamte[5]) befugt. Dazu tritt, vorausgesetzt, dass der Thäter auf frischer That betroffen oder verfolgt wurde, das Festnahmerecht für

---

[1]) Nur auf dieses bezieht sich die St.P.O.; E. XV, 356. Soweit die ordentlichen Gerichte nicht zur Aburteilung berufen sind, besteht auch das Festnahmerecht nicht, ebensowenig wie das Recht zur Verhaftung. Vgl. hierzu auch noch E. XVII, 127, wo es sich um Festnahme nicht Strafmündiger handelte. Durch die § 127 ff. werden sonstige, zu andern Zwecken bestehende Festnahmerechte nicht berührt, so besonders das Recht der Polizei, im Interesse der öffentlichen Sicherheit und Ordnung festzunehmen, so das R.G. in feststehender Praxis; vgl. z. B. E. I, 333, XV, 356. R. I, 502, VI, 807, Löwe 1b zu § 127. Über das ähnlichen Zwecken wie § 127 St.P.O. dienende Festnahmerecht militärischer Wachen: Solms Strafrecht für Heer und Marine. II. Aufl. 563 ff. (Kaiserl. Instruktion vom 29. I. 1881.)

[2]) Man fasst ihn auf dem Schiff, in der Bahn u. s. w.

[3]) Vgl. auch § 112 Abs. 2. Kollusionsverdacht genügt nicht.

[4]) Die Voraussetzungen der Verhaftung brauchen hier nicht vorzuliegen. Vgl. auch E. XII, 195. Der § 127 St.P.O. wird in den Entscheidungen des Reichsgerichts praktisch bei dem Delikt aus § 113 St.G.B.; vgl. z. B. E. XXVII, 153.

[5]) Auch wenn er nicht „Hülfsbeamter der Staatsanwaltschaft“ ist; vgl. oben.

Jedermann[6]). Ob „frische That" vorliegt, muss im Einzelfall durch den Festnehmenden selbst[7]) geprüft werden[8]).

c) Die Festnahme ist vom Gesetz an bestimmte Prozessabschnitte nicht gebunden[9]). Sie ist ferner nach § 127 Abs. 3 sogar bei Antragsdelikten, wenn § 127 Abs. 1 u. 2 zutreffen, zulässig, ehe der Antrag gestellt ist[10]).

d) Die Festnahme ist eine „vorläufige" in dem Sinne, dass sie nach § 128 St.P.O. ausser Kraft treten muss, wenn sie nicht durch richterlichen Haftbefehl in die Untersuchungshaft übergeleitet wird[11]). Die §§ 125 und 128 unterscheiden, ob die Anklage gegen den Festgenommenen schon erhoben ist oder nicht.

Vor der Anklageerhebung ist zum Erlass des Haftbefehls nach § 125 St.P.O. der Amtsrichter des Bezirks, in dem die Ergreifung erfolgte[12]), zuständig. Ihm ist nach § 128 St.P.O. der Festgenommene unverzüglich[13]) vorzuführen, er entscheidet, auf Grund

---

[6]) Im Falle des § 185 G.V.G. liegt „frische That" ebenfalls vor. Die Festnahmebefugnis hat hier das Gericht.

[7]) Ebenso ob die sonstigen Voraussetzungen der Festnahme vorliegen. Dass der wider besseres Wissen unrecht Festnehmende sich aus § 239 St.G.B. strafbar macht, ist klar. Irrtum über die Rechtmässigkeit schliesst die Strafbarkeit aus. Das R.G. hat sogar erklärt, dass der Beamte sich in rechtmässiger Ausübung seines Amtes befindet, wenn er (obwohl irrtümlich) nach seinem pflichtschuldigem Ermessen handelt; vgl. R. VI, 808, auch E. V. 297. Das ist von Bedeutung für die strafrechtliche Beurteilung des Widerstands gegen die Festnahme; vgl. R. VII, 571, R. VIII, 64, E. XIII, 255, John I, 909 u. s. w. Der rechtmässig Festnehmende darf den Widerstand durch Gewalt brechen. Jedes Übermass, z. B. unnützes Binden des Ergriffenen, ist aber strafbar; E. XVII, 127.

[8]) Auch § 104 Abs. 1 St.P.O. verwendet denselben Ausdruck. Im Entwurf stand noch „oder unmittelbar nachher". Durch die Weglassung der Worte ist thatsächlich nichts geändert; vgl. Löwe 6 zu § 104. Das Festnahmerecht schliesst auch das Recht in sich, dem Festgenommenen Sachen abzunehmen; R. V, 194, E. VIII, 288.

[9]) Die Festnahme des § 127 Abs. 1 ist nur als erster das Verfahren einleitender Schritt möglich, die des § 127 Abs. 2 dagegen auch in höherer Instanz.

[10]) Das folgt aus der Natur des Antrags als prozessualer Voraussetzung. Wäre er Bedingung der Strafbarkeit, so läge in der Zulassung der Festnahme ein Widerspruch, es läge vor Festnahme wegen einer nicht strafbaren Handlung. John I, 906, E. VI. 39. Dem Antrag ist die Ermächtigung gleichzustellen, Löwe 7 zu § 127.

[11]) Der Richter ist nach § 128 anzugehen, „sofern der (Festgenommene) nicht wieder in Freiheit gesetzt wird", d. h. wenn nicht der Festnehmende selbst wegen Fortfalls der Festnahmevoraussetzungen, etwa weil er einsieht, dass er einen Falschen ergriffen hat, den Ergriffenen freilässt.

[12]) Nicht der „nächste"; § 132.

[13]) Das „unverzüglich" hindert nicht vorherige Aufnahme des Protokolls durch den festnehmenden Beamten, R. VI, 807. Auch kann z. B. der festnehmende Private den Ergriffenen erst zur Polizei bringen, die ihn dem Richter stellt, R. VIII, 105, Löwe 3 zu § 128, auch John I, 909.

der vom § 128 Abs. 1 genannten Vernehmung, ob Freilassung oder Verhaftung, auf die § 126 St.P.O. Anwendung findet, erfolgen soll.

Ist die Anklage erhoben, so ist damit die Befugnis, über die Verhaftung zu entscheiden[15]), gemäss § 124 an das „zuständige Gericht" übergegangen, dem nach § 129 St.P.O. der Festgenommene durch den Festnehmenden oder auf Verfügung des Amtsrichters, wenn dieser angegangen ist[16]), zugeführt wird.

II. Die Steckbriefe erwähnt die St.P.O. in § 131 und 132 St.P.O. einerseits, in § 489 St.P.O. andererseits. Sie sind schriftliche und öffentliche Ersuchen der zuständigen Behörde an die zuständige Behörde um Ergreifung und Einlieferung eines flüchtigen oder sich verbergenden Beschuldigten. Die des § 489 scheiden hier aus[17]), sie bezwecken nicht Sicherung des Prozesses, sondern des Strafvollzugs.

a) Der § 131 Abs. 1 nimmt an, dass ein Haftbefehl erlassen ist. Der Steckbrief soll seine Vollstreckung ermöglichen, wenn der zu Verhaftende flüchtig ist oder sich verbirgt. Zum Erlass des Steckbriefs ist der Richter und die Staatsanwaltschaft befugt[18]), sowie die Polizeibehörde, wenn es sich um Wiederverhaftung eines entsprungenen „Festgenommenen"[19]) handelt.

---

[14]) Die Fassung des § 128 Abs. 2 ist ungenau; Löwe 8 zu § 128. War zwar die Festnahme nicht gerechtfertigt, z. B. weil „frische That" fehlte, liegt aber ein Haftgrund vor, z. B. Kollusionsgefahr, so lässt der Amtsrichter nicht frei, sondern verhaftet.

[15]) Der § 129 setzt — anders als § 132 — voraus, dass ein Haftbefehl noch nicht erlassen ist; Löwe 1 zu § 129.

[16]) Etwa, weil das „zuständige" Gericht weit entfernt ist, weil der Ergriffene es verlangt u. s. w. Im einzelnen ist der Sinn des § bestritten, insbesondere unter welchen Voraussetzungen trotz erhobener Klage die Vorführung an das Amtsgericht stattzufinden hat, und welche Befugnisse der Amtsrichter haben soll. Vgl. Löwe 2 und 3.

[17]) Sie haben jedoch mit denen des § 131 Abs. 1 gemeinsam, dass sie der Vollstreckung einer richterlichen Entscheidung dienen.

[18]) Vgl. § 36 St.P.O. Stenglein 1 zu § 129. v. Kries 318. Ausser dem Amtsrichter und dem Untersuchungsrichter kann auch das Gerichtskollegium, z. B. die Strafkammer, bei dem die Sache schwebt, Steckbriefe erlassen. § 131 spricht ungenau, nur vom „Richter". Die Staatsanwaltschaft erlässt den Steckbrief, wenn sie zur Vollstreckung des Haftbefehls berufen ist, doch kann auch in diesem Falle der Richter steckbrieflich verfolgen; Löwe 2 zu § 132 St.P.O. Der Steckbrief bleibt, bis er aufgehoben wird, bestehen, er verfällt mit dem Haftbefehl, auf Grund dessen er erlassen ist.

[19]) Ebenso wenn ein Verhafteter entspringt. Es ist nicht einzusehen, warum das, was sogar bei der Festnahme gestattet ist, nicht auch hier zulässig sein soll; John I., 913, Löwe 3, Stenglein 3 zu § 131. Vorführung zur Vernehmung nach § 133 ff. ist keine Festnahme; v. Kries 329.



Ob die Voraussetzungen[20]) für den Erlass des Steckbriefes vorliegen, hat der den Steckbrief Erlassende zu beurteilen.

b) **Der Erlass eines Steckbriefs ohne vorgängigen Haftbefehl** ist nur im Falle des § 131 Abs. 2 zulässig.

c) Den Inhalt des Steckbriefes bestimmt § 131 Abs. 3 St.P.O. Er deckt sich nicht völlig mit dem des Strafbefehls, vor allem ist hier Angabe der Strafthat nur der juristischen Bezeichnung nach üblich und erforderlich[21]). Die Gründe, welche den Erlass des Steckbriefes veranlassten, brauchen in ihm nicht erwähnt zu werden[22]).

d) Der § 132 St P.O. findet auch auf den infolge Steckbriefs Ergriffenen Anwendung[23]).

---

[20]) Flucht, Sichverborgenhalten, Entweichen aus dem Gefängnis. Der Bewachung entzieht sich z. B. der Festgenommene, der auf dem Transport entspringt. Auf die Schwere der Strafthat kommt es nicht an, auch bei Übertretungen sind Steckbriefe denkbar.

[21]) Er wird erlassen „wegen Diebstahls“, ohne dass die einzelnen Merkmale der That angegeben werden, die **Haftgründe brauchen** nicht angegeben zu werden; **Löwe** 4 zu § 131.

[22]) Es geschieht das jedoch in der Praxis, vgl. z. B. die Formulare bei **Vierhaus** Formularbuch u. s. w. (Berlin 1880) S. 176 und 177, v. **Kries** 330.

[23]) Vgl. schon oben. **John** macht I, 915 darauf aufmerksam, dass ein zuständiger Richter nicht immer da ist, vgl. auch v. **Kries** 330.

# Zweite Abteilung.

## §§ 61—155.

Von

**Dr. ERNST BELING,**

o. ö. Professor in Giessen.

# Drittes Buch.

# Das Verfahren.

## Allgemeiner Teil.

### § 61.

### Erstes Kapitel.

### Ziel und Gegenstand des Verfahrens.

I. Bestimmungsgemäss dient der Strafprozess der Feststellung, ob eine bestimmte strafbare Handlung begangen worden ist. Aber diese Feststellung ist nicht Selbstzweck, sondern nur Mittel zum Zweck: sie erfolgt nur zu dem Behufe, um die etwaigen Rechtsfolgen klarzulegen, die aus der That gegen den Thäter oder andere Personen erwachsen sind. Der Strafprozess kennt keine Feststellungsklage, weder eine positive, noch gar eine negative. Erörterungen, die für den Eintritt der bezeichneten Rechtsfolgen unerheblich sind, gehören somit nicht in den Strafprozess. Insbesondere ist z. B. der Beleidigungsprozess nicht dazu da, eine Ehrenrettung des Beleidigten zu erbringen[1]), politische Enthüllungen zu machen u. dgl., was namentlich für den Umfang der Beweisaufnahme von Wichtigkeit ist. Ferner wird der Strafprozess zwecklos und sinkt in sich zusammen, wenn die Person, die von den Rechtsfolgen hatte getroffen werden sollen, stirbt. Positive Ausnahmen bilden nur einmal die Strafvollstreckung in den Nachlass nach St.G.B. § 30, sodann die Wiederaufnahme des Verfahrens nach dem Tode des Verurteilten (St.P.O. §§ 401, 411). Endlich ergiebt sich aus dem an die Spitze gestellten Prinzip auch eine wichtige Konsequenz

[1]) Davon bildet auch der Fall des § 433 Abs. 2 St.P.O. keine Ausnahme. Diese Bestimmung beruht zwar auf dem Ehrenrettungsgedanken, giebt aber dem Prozess als solchem kein anderes Gepräge.

für das Rechtsmittelverfahren: das letztere ist unzulässig, insoweit genau das gleiche Resultat wie im anzufechtenden Urteil, nur auf Grund anderer Feststellungen, angestrebt wird. So kann der wegen mangelnder Schuld Freigesprochene kein Rechtsmittel einlegen zu dem Zwecke, um wegen Mangels der Rechtswidrigkeit freigesprochen zu werden, der wegen straflosen Notwehrexcesses Freigesprochene nicht zu dem Zwecke, um wegen Notwehr freigesprochen zu werden. Eine derartige anderweite Feststellung mag für den Beschuldigten häufig von weittragendem Interesse sein; aber um ihretwillen ist der Strafprozess nicht da[2]).

II. Den Gegenstand des Strafprozesses[3]), eine Strafsache, bildet also ein Straffall mit gewissen, daraus erwachsenen Rechtsfolgen[4]), d. i. materiellrechtlichen Rechtsverhältnissen, die zwischen bestimmten Rechtssubjekten aus der strafbaren Handlung entstanden sind.

Nicht alle Rechtsfolgen eines Delikts aber gehören auf den Weg des Strafprozesses; z. B. sind civilrechtliche Deliktsobligationsansprüche im Wege des Civilprozesses zu verfolgen[5]). Zum Gegenstande eines Strafprozesses gehören vielmehr nur

1. der Anspruch des Staates gegen den Thäter auf Strafe[6]), der Strafanspruch[7]).

2. Neben dem Strafanspruch und mit ihm bilden den Gegenstand des Strafverfahrens unter Umständen gewisse nichtstrafrechtliche Ansprüche, nämlich besonders

a) der Bussanspruch des Bussberechtigten[8]);

---

[2]) Vgl. unten § 104 IV.

[3]) Die Untersuchung des Strafprozessgegenstandes wird in der Wissenschaft meist stark vernachlässigt, was Ötker 603 mit Recht rügt. Die Ausführungen von Birkmeyer 3, 63 ff. über den Gegenstand des Strafprozesses sind sehr knapp und im Wesentlichen nur auf den Strafanspruch allein zugeschnitten.

[4]) Man kann deshalb wohl sagen, es bilde „eine That" den Gegenstand des Strafprozesses, aber nur in dem Sinne, dass man die That als Ursache von Rechtsfolgen denkt. Wenn E. IV, 355 sagt: „Gegenstand des Strafprozesses ist die rechtliche Geltendmachung des staatlichen Strafrechts", so ist das insofern inkorrekt als nicht die Geltendmachung, sondern das Strafrecht selbst den Gegenstand des Prozesses bildet. Vgl. Birkmeyer 66—68.

[5]) Eine Ausnahme siehe nachstehend Ziffer 2a; vgl. Anm. 15.

[6]) „Strafe" im eigentlichen Sinne genommen, vgl. H. Meyer § 2, 3d. v. Liszt § 58. Beling Grundz. 1.

[7]) Das Bedenken Benneckes gegen den Ausdruck „Strafanspruch" (oben 1 Anm. 2) kann nicht geteilt werden.

[8]) Vorausgesetzt, dass der Bussberechtigte die Busse in der prozessualen Form der Privatklage oder der Nebenklage verlangt hat, St.P.O. §§ 443 Abs. 2, 446.

b) der Privatstrafanspruch des Verletzten auf Publikation (gemäss §§ 165, 200 St.G.B. u. s. w.)[9]);

c) der Entschädigungsanspruch des unschuldig Bestraften nach dem Reichsgesetz vom 20. Mai 1898 insofern, als die Feststellung dieses Anspruchs seinem Grunde nach durch Beschluss des Strafgerichts erfolgt (§ 4 des cit. Ges.)[10]); im Übrigen gehört dieser Anspruch aber auf den Civilrechtsweg;

d) gewisse verwaltungsrechtliche Ansprüche, die dem Staate aus der strafbaren Handlung erwachsen, nämlich diejenigen, die zum Gegenstande haben

aa) die Einziehung der *instrumenta* oder *producta sceleris* (nach St.G.B. § 40 u. s. w.) oder die Unbrauchbarmachung von Schriften (nach St.G.B. § 41 u. s. w.)[11]);

bb) Polizeiaufsicht, St.G.B. §§ 38, 39, korrektionelle Nachhaft, das. § 362, Ausweisung von Ausländern aus dem Reichsgebiet, das. §§ 284, 39 2, 362 Abs. 3[12]);

cc) subsidiäre Haftung Dritter für die Geldstrafe;

dd) Unfähigkeit zum Eide. St.G.B. § 161;

ee) Unfähigkeit zur Beschäftigung in gewissen Zweigen der Verwaltung. St.G.B. § 319;

ff) Aufnahme von Artikeln in periodische Druckschriften nach Pressgesetz vom 7. Mai 1874 § 19;

---

9) v. Liszt fasst die Publikationsbefugnis als Entschädigung auf (§ 58 I 1 b); sie dient aber, wie er selbst ausspricht der „Genugthuung", ist also Privatstrafe, vgl. E. VI, 180, XVI 73. Gegen die Strafnatur auch Binding Grdr. d. Strafr. 197; H. Meyer § 56.

10) Da der Entschädigungsanspruch mit zum Gegenstande des Strafprozesses im Wiederaufnahmestadium gehört, so muss sich die Beweisaufnahme in diesem Stadium auch mit auf die Aufhellung der Grundlagen des Entschädigungsanspruchs erstrecken. Lessing, Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen, 49. A. M. Woermann, Wiederaufnahme u. s. w. 56, Bem. 6 zu § 4 des Ges. v. 20. Mai 1898.

11) Dass diese Massregeln keine Strafen sind, ergiebt sich daraus, das sie ausschliesslich präventiv wirken wollen, und nicht notwendig Schuld bei dem Betroffenen voraussetzen. Vgl. Nissen, Einziehung (1888) 85, Köbner, Massregel der Einziehung (1891) 5, 56, v. Liszt § 58, Friedländer, Obj. Verf. 14. Für die Strafnatur Birkmeyer 802, Meves H. H. II, 458; Glücksmann, Rechtskraft der strafprozessualen Entscheidung u. s. w. 8. Vermittelnde Auffassungen werden vertreten von Binding, Hdb. I, 496, Olshausen 1 zu § 40, H. Meyer § 55, Herschel, Rechtskraft der strafprozessualen Entscheidungen u. s. w. 11.

12) Darüber, dass diese Massregeln nicht mit der H. M. als Nebenstrafen aufzufassen sind, vgl. Frank II zu Teil 1 Abschn. 1 St.G.B., II zu § 362, Beling Krit. Vjschr. 3. F. V, 90, Binding Grdr. d. Strafr. § 97 b.

gg) die in einzelnen Nebengesetzen (z. B. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 27. Mai 1896 § 19) vorgeschriebene öffentliche Bekanntmachung des Urteils von Staats wegen[13]).

Landesgesetzlich tritt hinzu z. B. der staatliche Anspruch auf Schliessung eines Vereins nach der Preussischen Verordnung vom 11. März 1850 § 16.

(Durch den Prozess selbst wird endlich noch der Kostenpunkt als ein Accedens dem eigentlichen Prozessgegenstande angegliedert.[14])

Begrifflich gehören diese Ansprüche nicht in den Strafprozess, sondern ad a[15]), b und c in den Civilprozess, ad d auf den Verwaltungsweg. Aus Zweckmässigkeitsgründen, nämlich um Zeit und Kräfte zu sparen, hat das Gesetz sie aber auf den Strafrechtsweg mitverwiesen, und zwar privativ, d. h. so, dass sie in einem anderen Verfahren überhaupt nicht geltend gemacht werden können. Dies gilt insonderheit auch für den Bussanspruch als solchen[16]); allerdings kann der Bussberechtigte statt des Bussanspruchs den gewöhnlichen civilrechtlichen, im Civilprozess verfolgbaren Schadensersatzanspruch wählen. Auch für die Geltendmachung der Ansprüche auf Polizeiaufsicht, Nachhaft und Ausweisung (oben d, bb) ist der Strafprozess der einzig statthafte Weg, so jedoch, dass hier nur über die Zulässigkeit der betreffenden Massregeln entschieden wird, und die Verwaltungsbehörde freie Hand behält, ob sie auf Grund des strafrichterlichen Erkenntnisses jene Massregeln verhängen will oder nicht.

III. Der Gegenstand des Strafprozesses bildet, insoweit es sich um eine und dieselbe That eines Thäters handelt, eine unteilbare Einheit[17]).

1. Der Strafanspruch in sich ist unteilbar

a) in Ansehung seines Entstehungsgrundes; der wegen eines Strafanspruchs anhängige Strafprozess ergreift alle Thatsachen, die den Strafanspruch ins Leben gerufen haben;

---

[13]) Diese Massregel ist nicht identisch mit der Zusprechung der Publikationsbefugnis an den Verletzten, oben b. Vgl. dazu Binding Grdr. d. Strafr. 197.

[14]) Dazu vgl. Ötker 616.

[15]) Der Bussanspruch ist, wenngleich dies bestritten ist, doch richtiger Ansicht nach als civilrechtlicher (Pauschal-) Schadensersatzanspruch aufzufassen. Die Streitfrage ist hier nicht weiter zu verfolgen, da sie in das materielle Strafrecht gehört. Vgl. Beling Grdz. d. Strafr., 57, Binding Grdr. d. Strafr. § 98 I, Olshausen 2 zu § 188, v. Liszt § 67 II, H. Meyer § 50, 7.

[16]) Die Hineinnahme des Rechtsstreits über die Busse in den Strafprozess hat einen gewissen historischen Zusammenhang mit dem gemeinrechtlichen „Adhäsionsprozess“. Vgl. Binding Grdr. 109, Birkmeyer 120.

[17]) Vgl. zum Folgenden: Binding I, 485 ff. (teilweise abweichend).



b) in Ansehung seines Inhalts; der Strafprozess ergreift Haupt- und Nebenstrafen;

c) in Ansehung der juristischen Würdigung; der Strafprozess ergreift die That unter jedem denkbaren juristischen Gesichtspunkt[18]);

d) in Ansehung seiner Struktur; der Strafprozess ergreift ungeteilt die „Schuldfrage" und die „Straffrage".

Wie bei jedem Anspruch, so kommt nämlich auch bei dem Strafanspruch in Frage einmal das „Ob", sodann das „Wie hoch". Die erstere Frage heisst technisch die „Schuldfrage", die letztere die „Straffrage".

Die Schuldfrage ist nicht etwa bloss die Frage nach der „Schuld" in materiellstrafrechtlichem Sinne, begreift vielmehr auch das Vorliegen einer „Handlung", die Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit und die Erscheinungsform der That (als Versuch, Beihülfe u. s. w.). Nun ist eine Bejahung des Strafanspruchs natürlich nur dann möglich, wenn ein bestimmtes Strafgesetz als anwendbar bejaht wird. Die Schuldfrage umfasst daher nicht bloss die allgemeinen Merkmale einer strafbaren Handlung, sondern auch die Thatbestandsmerkmale eines bestimmten Strafgesetzes[19]).

„Schuldig" im Sinne des Strafprozesses ist also derjenige, auf den ein bestimmtes Strafgesetz anzuwenden ist, sodass im Gegensatz zum Sprachgebrauch des materiellen Strafrechts nicht etwa bloss die „Schuldausschliessungsgründe", sondern auch die Unrechts- und sogar die blossen Strafausschliessungs- und Straftilgungsgründe in die „Schuld"-frage hineinfallen[20]).

Zur Schuldfrage gehören aber weiter auch die „Umstände, die die Strafbarkeit vermindern oder erhöhen", das sind also die Privilegierungs- (Strafminderungs-) und Qualifizierungs- (Straferhöhungs-) Gründe[21]), § 262 Abs. 2 St.P.O. Das ist folgerichtig, weil sich nach ihnen der Strafrahmen richtet, und ohne einen bestimmt anzuwendenden Straf-

---

[18]) Auch im Falle der Idealkonkurrenz liegt nur ein Strafanspruch vor; A. M. Ötker 629 Z. 2, der im Anschluss an Binding eine Mehrheit von Strafansprüchen annimmt.

[19]) Löwe 2a zu § 262, Binding Grdr. 167. Nicht zutreffend v. Schwarze 1 zu § 262.

[20]) Bezügl. der Strafausschliessungsgründe besonders hervorgehoben in § 262 Abs. 2 St.P.O. Vgl. zu dem im Text Ausgeführten Birkmeyer 648 ff.

[21]) H. Meyer § 59, v. Liszt §§ 69, 70, Beling, Grundzüge 51.

rahmen der Strafanspruch nicht voll bestimmt wäre. Doch verlangt § 262 Abs. 2, dass diese Umstände „vom Strafgesetz ausdrücklich vorgesehen sind", er schliesst also die sogenannten unbenannten Privilegierungsgründe, so besonders die „mildernden Umstände"[22]), von der Schuldfrage aus[23]).

Durch positive Anordnung schliesst das Gesetz ferner (§ 262 Abs. 3) die Frage nach Rückfall und Verjährung von der Schuldfrage aus[24]).

Für die Straffrage bleibt somit übrig die Frage, welche Strafgrösse innerhalb des durch die Beantwortung der Schuldfrage gegebenen Strafrahmens zu verhängen ist, die Strafzumessungsfrage, zu der aber nach dem soeben Ausgeführten die Frage nach mildernden Umständen (und den sonstigen unbenannten Privilegierungsgründen) und die Fragen nach Rückfall und Verjährung hinzutreten[25]).

Nach allen den angedeuteten Richtungen (a—d) ist der Strafanspruch prozessual als einheitliches Ganze zu behandeln. Diese Ein-

---

[22]) Dahin gehört daher weiter auch die Frage, ob ein „besonders leichter Fall" im Sinne des § 57[4] St.G.B., eine „minder schwere That" im Sinne der §§ 94, 96 St.G.B. vorliegt. So die H. M., auch R. IV, 147, E. VI, 25. A. M. Dalcke Fragestellung 55.

[23]) Mot. z. Reichst.-Ent. § 222 (Drucks. d. Reichst. 152); E. XIV, 301, Löwe 3b zu § 262. — Im Falle des § 213 St.G.B. gehört die Reizung zum Zorn als benannter Milderungsgrund zur Schuldfrage, die übrigen „mildernden Umstände" der *clausula generalis* zur Straffrage. (Ebenso Bennecke 603 Anm. 11, E. XIV, 298, R. VIII, 441; Stenglein 7 zu § 297, Löwe 2c zu § 262, v. Schwarze G.S. XXXIV, 400, Olshausen 6 zu § 213 St.G.B., Puchelt 2, Stenglein 3, Keller 9 zu § 262. A. M. Rüdorff-Stenglein 5 zu St.G.B. § 213, sowie der Oberreichsanwalt in R. VIII, 441.) Das ist wichtig für das Schwurgerichtsverfahren (Fragestellung, Majorität.)

[24]) Birkmeyer 650 will auf Grund des Abs. 3 des § 262 generalisierend aus der Schuldfrage alle die Umstände ausscheiden, „die zu dem Thun und Verhalten des Angeklagten von aussen hinzutreten, z. B. den Antrag des Verletzten, den Ablauf einer bestimmten Zeit seit der Begehung des Verbrechens, einen Gnadenakt des Souveräns, die Thatsache der wegen der Strafthat bereits früher erfolgten rechtskräftigen Aburteilung. Alles das gehöre zur Straffrage". Dem ist nicht beizutreten. Antrag und *res judicata* gehören weder zur Schuld- noch zur Straffrage, sondern zur Frage nach dem Prozessverhältnis; die Begnadigung ist ein Straftilgungsgrund, gehört also zur Schuldfrage. Die Bestimmung des § 262 Abs. 3 ist singulär und keiner Verallgemeinerung fähig. Richtig R. II, 188.

[25]) Zur Strafzumessung gehört auch die Frage nach den sog. unechten Minderungsgründen (Binding, Grdr. d. St.R. § 102, Beling, Grundz. 52), da sie den Strafrahmen und das Strafgesetz nicht ausser Anwendung setzen. Unechter Minderungsgrund ist auch die partielle Kompensation nach St.G.B. § 233. Die totale Kompensation dagegen (St.G.B. §§ 199, 233) setzt das Strafgesetz ausser Anwendung, (Beling, Grundz. 57), gehört somit zur Schuldfrage. Anders Bennecke 568 Anm. 11 (die Kompensation gehöre überhaupt nicht zur Schuldfrage); Steinitz, Kompensation 65 ff. (die Frage nach dem Gegebensein der Kompensationsvoraussetzungen sei Teil der Schuldfrage, die Frage, ob von der Kompensationsmöglichkeit Gebrauch gemacht werden solle, Teil der Straffrage).

heitlichkeit wird namentlich auch durch die Auseinanderlegung der Schuld- und der Straffrage nicht berührt; diese Scheidung zwischen Schuld- und Straffrage ist nur bedeutsam für die Abstimmung[26]), für die Majorität bei der Urteilsfällung[27]), sowie für das schwurgerichtliche Verfahren[28]).

2. Mit dem Strafanspruch schliessen sich aber auch die oben II, 2 erwähnten Nebenansprüche prozessual zur Einheit zusammen. Alle diese Ansprüche sind zwar an sich materiellrechtlich von dem Strafanspruch völlig verschieden, eigene Ansprüche *sui generis*[29]); prozessual erscheinen sie aber nur als unselbständige Teile eines Ganzen, nämlich der „Strafsache".

IV. Die Einheitlichkeit des Prozessgegenstandes bedingt nun natürlich nicht, dass die Entscheidung über die einzelnen Teile materiell immer für alle gleich sein müsste; das Gericht kann selbstverständlich z. B. eine Hauptstrafe verhängen unter Ablehnung der Verhängung einer Nebenstrafe. Wohl aber bedeutet die Einheitlichkeit des Prozessgegenstandes die prozessuale Unspaltbarkeit der Strafsache.

1. Ein Teilprozess ist unstatthaft. Es kann nicht in einem Prozess über die Hauptstrafe, in einem anderen Prozess über eine Nebenstrafe; oder in einem Prozess über die That qua Urkundenfälschung, in einem anderen über dieselbe That qua Betrug; oder in einem Prozess über die Schuldfrage, in einem anderen über die Straffrage u. s. w. verhandelt werden.

Das gilt auch für die Nebenansprüche. Ein gesonderter Bussprozess, ein gesonderter Prozess betreffend Publikation des Urteils ist unstatthaft.

2. In dem anhängigen Prozess ist über den ganzen Prozessgegenstand zu entscheiden, auch wenn nur einzelne Elemente davon zur Sprache gebracht sein sollten.

Liegt z. B. ein fortgesetztes Delikt vor, so ist das Gericht mit ihm ganz befasst, auch wenn nur ein Teilakt in der Anklage genannt sein sollte. Ist das Delikt eine Urkundenfälschung, so ist diese juristische Qualifikation auch dann zu berücksichtigen, wenn die That nur als Betrug dem Gericht unterbreitet sein sollte.

---

[26]) Unten § 94, IV.
[27]) Unten § 123.
[28]) Unten § 94, II.
[29]) Damit steht nicht in Widerspruch, dass der Bussanspruch nur accessorisch ist, insofern er nach den Bestimmungen des materiellen Strafrechts nur neben einem Strafanspruch bestehen kann.

3. Das Urteil des Gerichts muss Vollurteil, kann nicht Teilurteil sein. Das Gericht kann sich nicht willkürlich auf ein Stück des Strafanspruchs beschränken, z. B. nicht zu 2 Jahren Gefängnis verurteilen und gleichzeitig ein späteres Urteil in Aussicht nehmen, das über Verlust oder Nichtverlust der Ehrenrechte befinden soll; ebensowenig aus einer Handlungseinheit einzelne Teilakte mit Strafe belegen, wegen des Rests Vertagung beschliessen, oder gar wegen eines Teils verurteilen, wegen eines anderen Teils freisprechen oder einstellen [30]).

Auch Beschlüsse und Verfügungen können grundsätzlich den Prozessgegenstand nicht zerlegen. Es kann nicht das Hauptverfahren wegen der That bloss unter einem juristischen Gesichtspunkt in dem Sinne eröffnet werden, dass fortan die Würdigung unter anderen Gesichtspunkten dem Gericht verschlossen sein solle; es kann z. B. nicht das Verfahren wegen einfachen Wuchers eröffnet, der Angeschuldigte dagegen unter dem Gesichtspunkt der Gewerbsmässigkeit des Wuchers ausser Verfolgung gesetzt werden; oder wegen der That ex § 186 St.G.B. eröffnet, unter dem Gesichtspunkt des § 187 St.G.B. Einstellung des Verfahrens beschlossen werden [31]).

Wird das Hauptverfahren eröffnet, so bedeutet das eben, dass das Verfahren nicht eingestellt wird, und umgekehrt, und beides kann nur in Hinsicht auf dieselbe Strafsache ungeteilt erfolgen. Es würde also der Beschluss in den vorstehend angezogenen Beispielsfällen einfach dahin lauten müssen: das Hauptverfahren werde wegen einfachen Wuchers bezw. übler Nachrede eröffnet, wozu dann in den Gründen die Bemerkung hinzuzutreten hätte, dass das Gericht gewerbsmässigen Wucher bezw. Verleumdung nicht als vorliegend annehme.

4. Würde das Gericht dem zu 3 Gesagten zuwider aus dem Prozessgegenstande willentlich oder unbewusst ein Stück ausscheiden, so würde diese Ausscheidung völlig unkräftig sein. [32])

Daher würde die sich auf einen Teil des Prozessgegenstandes beschränkende Eröffnung des Hauptverfahrens gleichwohl den ganzen Prozessgegenstand ergreifen; es würde das sich nur auf einen Teil beziehende Urteil gleichwohl den ganzen Prozessgegenstand einschliesslich der Nebenansprüche erledigen [33]). Somit ist auch die

---

[30]) Vgl. E. XXIX, 176, XXVII, 174, XXXI, 286. Bennecke 557 Anm. 13; Kroschel Abfassung der Urteile 17.

[31]) Vgl. E. XXIII, 392, R. IV, 325, VI, 740, Bennecke 493 Anm. 9.

[32]) Ebenso R. IV, 325, VI, 740.

[33]) Vgl. Birkmeyer 482. — Daraus ergeben sich Konsequenzen für die Lehre von der Rechtskraft, s. unten § 98.

einmal ergangene Entscheidung[34]) unergänzbar, (sofern nicht etwa der ganze Prozess noch einmal in Folge eines Rechtsmittels zur Verhandlung in höherer Instanz kommt). Eine Ergänzung der Entscheidung in einem übergangenen Punkte durch das Gericht selbst ist der St.P.O. unbekannt[35]) (im Gegensatz zu C.P.O. § 321), und zwar selbst in dem Falle, wenn die Übergehung nur auf einem Versehen in der schriftlichen Fixierung und Verkündung beruht, während sich das Gericht zuvor auch über den nachher übergegangenen Punkt schlüssig gemacht hatte[36]). Nachholbar ist nur die versäumte Substitution einer Freiheitsstrafe für die principaliter erkannte Geldstrafe, § 491 St.P.O.[37]).

Alles sub III Gesagte ist natürlich unanwendbar für den Fall, dass mehrere Strafsachen den Prozessgegenstand bilden, es möge sich handeln um mehrere Thäter oder um mehrere real konkurrierende Thaten eines Thäters[38]). Jede dieser mehreren Strafsachen ist durchaus selbständig und trennbar. Daher kann z. B. sehr wohl Aburteilung bezüglich des einen Thäters oder der einen That unter gleichzeitiger Vertagung der Verhandlung bezüglich der anderen Strafsache erfolgen; und würde das Gericht aus Versehen eine oder die andere der mehreren Strafsachen unabgeurtheilt gelassen haben, so wäre der Rest natürlich noch unerledigt und aburteilbar[39]).

V. Die Einheitlichkeit des Prozessgegenstandes erleidet Durchbrechungen.

1. Da eine That als Antragsdelikt nur dann gewürdigt werden kann, wenn der erforderliche Strafantrag vorliegt, so ist bei Mangel des Strafantrags die That nur unter Ausschluss ihrer Eigenschaft als Antragsdelikt (z. B. ihrer Eigenschaft als Körperverletzung) *in lite*[40]).

Eine ähnliche Beschränkung der juristischen Würdigung der That ist bedingt durch den in manchen deutschen Auslieferungsverträgen

---

[34]) Vorausgesetzt natürlich, dass sie gültig ergangen ist. Vgl. unten §§ 75, 77.

[35]) Übereinstimmend E. V, 173; XXVIII, 247; Kroschel G.S. LII, 392; derselbe, Abfassung der Urteile, 2. Aufl. 12; Ötker 615, 624.

[36]) Kroschel G.S. LII, 393. A. M. E. XV, 271. Der Punkt, auf den es hierbei ankommt, ist die Frage: Ist das Urteil mit der mangelhaften Niederschrift und Verkündung fertig oder nicht? Die Frage muss bejaht werden, vgl. unten § 95, II. Zu weit gehen die Ausführungen von Kroschel G.S. LII, 393 unten.

[37]) Unten § 139 XII 2.

[38]) Auch eine in Aussicht stehende Gesamtstrafe vermag keine Einheit der Ansprüche zu bewirken, es liegt nur rechnungsmässige Einheit des Ergebnisses vor, vgl. Glaser II, 33 Anm. 12. Abweichend Binding I, 486, 493.

[39]) E. XIX, 229. Bennecke 710. Ötker 613.

[40]) Konsequenzen in der Lehre von der Rechtskraft, unten § 98 gegen Ende.

anerkannten Grundsatz, dass das Gericht die That nur *qua* Auslieferungsdelikt abstrafen dürfe[41].

2. Die Polizeibehörden und die Zoll- und Steuerbehörden sind bei Festsetzung einer Strafe in der juristischen Würdigung der That eingeengt[42].

3. Auch das Privatklageverfahren bringt, wenigstens teilweise, eine ideelle Teilung des Strafanspruchs mit sich[43].

4. Der staatliche Anspruch auf Einziehung oder Unbrauchbarmachung kann, insoweit die Voraussetzungen des § 42 St.G.B. vorliegen, im sogenannten objektiven Verfahren selbständig verfolgt werden[44].

5. Eine Zerlegung der Entscheidung in eine Separatentscheidung über die Schuldfrage und eine eigene spätere Entscheidung über die Straffrage bringt die heutige Organisation des Schwurgerichts[45] mit sich.

6. Den Bussanspruch kann das Gericht separater Aburteilung vorbehalten[46], sodass das nur auf Strafe lautende Urteil dann als Teilurteil erscheint; es muss ihn nicht notwendig mit dem Strafanspruch gleichzeitig aburteilen.

7. Aus dem den Gegenstand des Prozesses bildenden Anspruchskomplex kann sich nach ergangenem Urteil ein Teil in der Weise ablösen, dass er *in lite* bleibt, während der Rest rechtskräftig wird. Dies dadurch, dass das Urteil, was zulässig ist, nur quantitativ partielle Anfechtung erfährt[47]; z. B. der Verurteilte beruhigt sich bei der Hauptstrafe, ficht aber die Nebenstrafe oder eine andere Nebenmassregel an.

Solchenfalls erlangt der sich ablösende Teil volle Selbständigkeit.

Dies gilt auch für den Einziehungs- und Unbrauchbarmachungsanspruch, ebenso für den Anspruch gegen den subsidiär Haftbaren, wenn der betroffene Dritte allein ein Rechtsmittel einlegt, desgleichen für den Bussanspruch, wenn dieser allein *in lite* bleibt[48].

---

[41]) Vgl. dazu E. XXVII 126, 413, XXIX 22, XXX 440; Böhms Ztschr. V, 533, Olshausen 19 zu § 3, Delius G.A. XXXIX 112; Auslieferungsrecht 64; Krobitzsch, Verfüg. in Strafsachen 137.

[42]) Unten §§ 148, 149. Anders der einen Strafbefehl erlassende Richter, unten § 147.

[43]) Unten § 141. Dagegen ist es unrichtig, wenn Kohlrausch, Prozessuale Behandlung der Idealkonkurrenz 19 behauptet, das Reichsgericht als erste Instanz könne die That nur in ihrer Eigenschaft als ein zur Zuständigkeit des Reichsgerichts in erster Instanz gehöriges Delikt (unter Ausschluss ideell konkurrierender Gesichtspunkte) würdigen. Richtig Binding I, 479.

[44]) Unten § 152.

[45]) Unten § 123.

[46]) Unten § 146 V 1.

[47]) Darüber unten § 104.

[48]) Unten § 146 V.

8. Zu einer Teilung des Prozessgegenstandes kann es auch in der Strafvollstreckung kommen[49]).

VI. Sehr wichtig ist die Frage: Welcher Anspruch bildet den Gegenstand dieses Prozesses? In einem und demselben Prozess kann es sich natürlich immer nur um eine und dieselbe Strafsache (oder eine und dieselbe Mehrheit von Strafsachen) handeln, dergestalt, dass ein nicht auf diesen Prozessgegenstand bezüglicher Gerichtsakt ins Leere fällt, nichtig ist[50]). Umgekehrt ist ein in materielle Rechtskraft erwachsenes Urteil für diese Strafsache bleibend massgebend; dieselbe Strafsache darf nicht abermals verhandelt werden[51]).

Hiermit ist das Problem der Identität des Prozessgegenstandes gegeben: wann ist *eadem res* vorhanden[52])?

Das Problem der Identität steht mit dem Problem der Einheit des Prozessgegenstandes in engstem Zusammenhang und ist daher durch das vorstehend Ausgeführte in der Hauptsache schon beantwortet. Zwei Strafsachen sind identisch nämlich dann, wenn derselbe Anspruch (bezw. derselbe Anspruchskomplex) in beiden den Prozessgegenstand bildet.

1. Sollen zwei Strafsachen identisch mit einander sein, so muss deshalb zuvörderst die Person, gegen die vorgegangen wird, die „in Anspruch" genommen wird, dieselbe sein. (Subjektive Identität.) Die Strafsache gegen den Hauptthäter ist z. B. mit der gegen den Gehülfen nicht identisch.

Nicht erforderlich ist für die Identität der Strafsachen die Identität des Anspruchsberechtigten. Hat X junge Bäume in der Absicht rechtswidriger Zueignung weggenommen, so ist dies eine und dieselbe Strafsache, gleichviel, ob es sich dabei um Diebstahl oder preussischrechtlichen Forstdiebstahl handelt, gleichviel also, ob das Reich oder der preusische Staat als Strafberechtigte in Frage kommen.

Desgleichen wird die Identität des auf Strafe und Busse gerichteten Anspruchs dadurch nicht beeinträchtigt, dass dieser Anspruchskomplex teils dem Staate, teils dem Verletzten zusteht.

2. Die Identität setzt weiter voraus, dass die mehreren Strafansprüche auf „dieselbe That", d. i. dasselbe historische Vorkommnis, denselben historischen Vorgang, zurückgehen. (Objektive Identität.)

---

[49]) Unten §§ 139, VII, IX a. E.

[50]) Z. B.: A ist angeklagt, B wird verurteilt, oder wegen der That X ist das Hauptverfahren eröffnet, es erfolgt Freisprechung bezüglich der That Y.

[51]) Unten § 98.

[52]) Vgl. Max Berner, *Ne bis in idem* 1 ff.

Welche Einzelthatsachen zusammengehörend den „historischen Vorgang“ bilden, beantwortet sich an der Hand des materiellen Strafrechts.

Liegt eine Mehrheit von Thatsachen der einen und der anderen Strafsache zu Grunde, so ist Identität dann vorhanden, wenn sich die mehreren Thatsachen zu einer natürlichen oder juristischen Handlungseinheit im Sinne des materiellen Strafrechts[53]) zusammenschliessen.

Die Verschiedenheit des juristischen Gesichtspunkts vermag die Identität nicht aufzuheben. Ob die That aufgefasst wird als Mord oder als Mordversuch oder als grober Unfug oder als Idealkonkurrenz von Mord mit Raub, als Mitthäterschaft oder als Beihülfe — sie bleibt immer dieselbe[54]).

Die Identität eines Vorgangs wird auch dadurch nicht notwendig gesprengt, dass sich seine Modalitäten anders darstellen, als ursprünglich angenommen wurde. Wäre z. B. als Begehungsort ursprünglich Breslau angenommen worden, während sich später Berlin als Begehungsort ergiebt, oder wäre das Datum der That auf den 1. des Monats fixiert, während später der 2. als Zeitpunkt der That erscheint, so wären die ursprüngliche und die spätere Strafsache eine und dieselbe.

Verschiebungen in der Auffassung über das Objekt würden ebenfalls nicht ohne weiteres die Identität in Frage stellen (z. B. Wegnahme nicht eines 20-Mark-Stücks, sondern eines 10-Mark-Stücks).

Voraussetzung ist dabei nur, dass nicht infolge der Verschiebung ein anderes Vorkommnis in Betracht kommt, das mit dem ersten verwechselt werden könnte.

Die Identität ist auch dann nicht zu bezweifeln, wenn die eine Strafsache scheinbar nur einen Teil des Anspruchskomplexes umfasste, weil seine Teilnatur den Prozesssubjekten verborgen war. Denn ein Teil kann, von den oben V erwähnten Ausnahmen abgesehen, nie für sich allein Prozessgegenstand sein.

Hat z. B. die Staatsanwaltschaft den gewerbsmässigen Hehler X nur wegen einfacher Hehlerei angeklagt, weil ihr von 25 Hehlereiakten nur einer bekannt war, so ist damit der ganze Strafanspruch wegen gewerbsmässiger Hehlerei rechtshängig geworden. Stellen sich in der Hauptverhandlung z. B. die anderen 24 Hehlereifälle heraus, so ist der gesamte Thatbestand ohne weiteres aburteilbar; würden umgekehrt die 24 Fälle dem Gericht unbekannt bleiben, und nur wegen des einen bekannten Falles rechtskräftig erkannt, so wäre Konsumtion bezüglich des gesamten Thatbestandes eingetreten.

---

[53]) Vgl. v. Liszt § 54, Beling, Grundz. § 39, I u. II.

[54]) So in feststehender Praxis das Reichsgericht, übereinstimmend Bennecke 712. Teilweise a. M. Eichhorn, G.S. 38, 401 ff.



Insoweit im Laufe des Prozesses ein Teil des Anspruchskomplexes sich vom anderen gelöst hat[55], ist freilich die Identität dadurch aufgehoben. Eine wichtige Konsequenz hieraus ist die, dass bei solcher Trennung das rechtskräftige Urteil dem Gericht bei Aburteilung des noch *in lite* befindlichen Teils in keiner Weise die Hände bindet.

War z. B. der Angeklagte zu Haft und Überweisung an die Landespolizeibehörde verurteilt, und ist das Urteil in Ansehung der Haft rechtskräftig geworden, in Ansehung der Überweisung aber angefochten, so kann das Rechtsmittelgericht die Überweisung mit der Begründung beseitigen, dass der Angeklagte gar nicht schuldig sei, ohne dass natürlich hiervon die rechtskräftige Haftstrafe berührt würde.

Ebenso ist auf ein Rechtsmittel des Einziehungsinteressenten oder subsidiär Haftbaren hin eine volle Neuuntersuchung, selbstverständlich nur in der Richtung gegen ihn, möglich[56].)

VII. Der Strafanspruch und die Nebenansprüche bilden den „Gegenstand" des Strafprozesses, d. h. der Strafprozess will klarlegen, ob und eventuell in welcher Höhe sie bestehen; nicht will er sie begründen. Deshalb ist namentlich das strafgerichtliche Urteil nur autoritative Feststellung, niemals Schaffung oder Beseitigung eines Strafanspruchs[57]. Hieran muss auch festgehalten werden in den Fällen, dass ein thatsächlich Unschuldiger verurteilt[58] oder ein thatsächlich Schuldiger freigesprochen wird[59]: im ersteren Falle erwächst lediglich ein Anspruch auf Urteilsvollzug, nicht ein materiellrechtlicher Strafanspruch, in letzterem Falle ist der Strafanspruch nach wie vor ungetilgt, nur ist er unklagbar geworden (Seitenstück zur civilrechtlichen Naturalobligation); das freisprechende Urteil ist kein Strafaufhebungsgrund.

VIII. Nach dem zu II—VI Ausgeführten bemisst sich die Zulässigkeit des Strafrechtsweges, mit der Massgabe jedoch, dass nicht wegen aller Ansprüche der unter II genannten Art der Strafrechtsweg zulässig wäre. Entzogen sind dem Strafrechtswege vielmehr solche Strafsachen, die vor Verwaltungsbehörden oder Sondergerichte gehören[60].

---

[55]) Oben V 7.

[56]) R. V, 410; E. VIII, 362, XII, 212; Löwe 14 zu Buch 2 Abschn. 1.

[57]) Ullmann 7, zu vergleichen auch Wach I, 6 ff. Dass die Klage im Strafprozess kondemnatorische, nicht Feststellungsklage ist — oben I —, steht dem im Text Gesagten nicht entgegen. Der Gegensatz zwischen Feststellung und kondemnatorischem Urteil ist nicht derselbe wie der Gegensatz zwischen Feststellung und konstitutivem Urteil.

[58]) In dieser Hinsicht A. M. Binding, Handbuch I, 196; Ullmann 4.

[59]) A. M. Binding I, 195, Birkmeyer 680.

[60]) Oben 6 § 2 III, IV. Dagegen bildet das kindliche Alter des Thäters z. Z. der That nicht, wie Ötker 604 behauptet, einen Grund für Ausschluss des Straf-

Die Zulässigkeit des Strafrechtsweges ist Prozessvoraussetzung derart, dass ein strafgerichtliches Urteil, das die Grenzen dieser Zulässigkeit überschritte, nichtig sein würde[61]).

IX. Strafansprüche, Verwaltungsansprüche und Civilrechtsansprüche können in einem Strafprozess auch zur Sprache kommen, ohne den Gegenstand des Prozesses zu bilden, in der Weise, dass ihre Erörterung notwendig wird, um von da aus für den Anspruch, der den Gegenstand des Prozesses ausmacht, Konsequenzen zu ziehen, also im Wege der Präjudizialfeststellung.

So muss behufs Aburteilung des Anstifters das Vorliegen einer Hauptthat, behufs Anwendung der Kompensation das Vorliegen einer Gegenthat festgestellt werden. Es ist zu beachten, dass die Präjudizialfeststellung in keiner Weise eine Entscheidung über den Präjudizialanspruch enthält, denn zu entscheiden ist nur über den Gegenstand des Prozesses. Dies ist von besonderer Wichtigkeit für die Frage der Rechtskraft[62]).

Sind bürgerlichrechtliche Rechtsverhältnisse präjudiziell (z. B. das Eigentum an einer Sache im Diebstahlsprozess), so werden sie nach § 261 St.P.O. im Strafprozess mit festgestellt[63]). Das Gericht ist jedoch nach § 261 Abs. 2 auch befugt, die Untersuchung zunächst auszusetzen und den Ausgang eines schon schwebenden oder erst anhängig zu machenden Civilverfahrens abzuwarten[64]), und zwar auch noch in der Berufungs-, nicht aber in der Revisionsinstanz[65]).

Das vorstehend Ausgeführte gilt insonderheit auch in einem Strafprozess wegen Patentverletzung, insofern das Strafgericht hier die Vorfrage mit zu prüfen hat, ob ein gültiges Patent vorliegt. Es ist aber nicht zu übersehen,[66]) dass nach materiellem Patentrecht das erteilte Patent einesteils so lange gültig bleibt, bis es vom

---

rechtsweges. StG.B. § 55 hat ungeachtet seiner saloppen Fassung rein materiellrechtliche Bedeutung. Deshalb zutreffend Bennecke oben 115. Das Gleiche gilt für die Fälle, in denen ein früherer Landesherr oder Abgeordneter in einen Prozess verfangen ist wegen einer That, die er früher, gedeckt durch seine landesherrliche bezw. parlamentarische Immunität, begangen hat; der Prozess ist durchaus zulässig, nur muss er mit Freisprechung enden.

[61]) Unten §§ 75, 77.

[62]) Unten § 98.

[63]) § 261 spricht unpräcis von einer „Entscheidung" über das Präjudizialrechtsverhältnis (statt „Feststellung" des Präjudizialrechtsverhältnisses).

[64]) Inwiefern der Ausgang dieses Verfahrens den Strafrichter bindet, darüber siehe unten § 83, 2.

[65]) E. III, 253; Löwe 8, John 5 zu § 261; Bennecke 283 Anm. 6; Birkmeyer 118; Geyer 481 Anm. 4; Ullmann 293 Anm. 2; Stenglein 3 zu § 261. Anders Bennecke 511.

[66]) Vgl. dazu unten § 83, 2 a. E.

Patentamt für nichtig erklärt worden ist, anderenteils bei patentamtlicher Nichtigerklärung mit rückwirkender Kraft zusammensinkt. Der Strafrichter, der die Erteilung des Patents durch das Patentamt festgestellt hat, kann somit nicht untersuchen, ob Nichtigkeitsgründe vorliegen[67]); mit der Erteilung ist das Patent konstituiert; erst mit Nichtigerklärung ist es getilgt.

Regelmässig wird deshalb das Strafgericht in Patentsachen von der Befugnis des § 261 Abs. 2 St.P.O. Gebrauch machen und zunächst die Entscheidung des Patentamts abwarten müssen.[68])

Verwaltungsrechtliche Präjudizialfragen sind nach Analogie des § 261 St.P.O. zu behandeln[69]).

## Zweites Kapitel.

## Die obersten Grundsätze des Verfahrens.

### A. Offizialmaxime, Accusationsformprinzip, Instruktionsprinzip.

### I. Die Offizialmaxime und ihre Ausnahmen.

### § 62.

#### 1. Die Maxime.

I. Jeder konkrete Strafprozess setzt einen massgebenden Willen voraus, der dahin erklärt worden ist, es solle ein Strafprozess stattfinden. Wessen Wille ist nun solchergestalt massgebend?

Zwei Möglichkeiten lassen sich geschichtlich unterscheiden: entweder nämlich ist es der Staat selbst, dessen Wille dafür sorgt, „*ne delicta maneant impunita*", sodass der Strafprozess als Staatssache (*Causa publica*) erscheint, Staatsklagesystem, Offizialprinzip, Prinzip der öffentlichen Verfolgung der Verbrechen; oder die Herbeiführung der Strafverfolgung ist in das Belieben von Privatpersonen verstellt, sodass der Strafprozess alsdann Privatsache ist: Anklage-(Accusations-)prinzip, auch öfter als „Dispositionsprinzip" bezeichnet[1]).

---

[67]) So R. II, 740; IV, 763; E. III, 252; VII, 146; Ullmann 296; Ötker 610. A. M. Bennecke 285 Anm. 13, Birkmeyer 118.

[68]) R. IV, 768; Ötker 610. A. M. Bennecke 610.

[69]) Löwe 9 zu § 261; E. XVIII, 436; M. VI, 8. Birkmeyer 118, Geyer 481, Glaser II, 87, Ullmann 292, 294.

[1]) Letzterer Ausdruck ist aber missverständlich. Er erweckt die Vorstellung, als sei im Bereich des Offizialprinzips eine „Disposition" über den Prozess ausgeschlossen. Diese Vorstellung läuft z. B. in den sonst in vielen Punkten grundlegenden Ausführungen Heinzes in G. XXIV, 265 ff. unter. Heinze argumentiert folgendermassen: Der Prozess enthält potentiell eine Verfügung über den materiellen Anspruch (hierüber s. unten sub II); über Strafansprüche giebt es

Der germanische Strafprozess war prinzipiell im Sinne der zweiten Möglichkeit konstruiert. und zwar trat ein Strafverfahren nur auf Verlangen des Verletzten oder seiner Sippe ein: Privatklagesystem.

Auch in Rom war der Strafprozess grundsätzlich Privatsache. wenn auch in der Weise, dass *quivis ex populo*, nicht bloss der Verletzte. die Vornahme des Prozesses verlangen konnte: Popularklagesystem[2]).

Im Fortschreiten der historischen Entwickelung trat neben die private später allmählich die öffentliche Einleitung eines Strafprozesses, so im Frankenreiche in Gestalt der sogenannten Rügegerichtsbarkeit. der zufolge königliche Beamte die Initiative zur Verbrechensverfolgung ergriffen[3]). Auch das mittelalterliche langobardische Stadtrecht liess bereits zu, dass die Staatsgewalt nicht bloss auf Anklage, sondern auch aus eigener Entschliessung, *ex officio*, von Amts wegen, zu einem Strafverfahren schreiten konnte[4]). Zu Bedeutung gelangte das Offizialprinzip durch das kanonische Recht, welches Verfolgung von Amts wegen zuliess in den vier Fällen des *Notorium*, der *Infamatio*, der *Denunciatio evangelica* und der *Exceptio*.

Seitdem erhielten sich das Privatklagesystem und das Offizialprinzip lange Zeit neben einander, insonderheit in Deutschland, wo die P.G.O. Karls V. von 1532 den gleichen Standpunkt einnahm.

Insoweit geschichtlich das Anklageprinzip als herrschendes anerkannt war, war es freilich nicht immer ganz schrankenlos: Die anklagend auftretende Privatperson wurde vielfach durch Kautionszwang oder Strafandrohung für den Fall des Fallenlassens der Anklage *(tergiversatio)* zur Durchführung der einmal übernommenen Rolle genöthigt, oder es wurde sogar eine Pflicht des Privaten statuiert, jeden Straffall gerichtlich zu verfolgen[5]).

Im Laufe der Entwickelung drängte das Offizialprinzip immermehr das Privatklagesystem zurück, sodass heute Privatpersonen höchstens noch zur subsidiären Privatklage (Österreich bei Antragsvergehen

---

keine Verfügung (nicht durchaus richtig, man denke an die Begnadigung, die freilich Heinze 272 als einen Akt staatlicher Rechtsschöpfung ansieht); folglich muss der Strafprozess so eingerichtet werden, dass keine „Disposition“ herrschen kann, das sei im Sinne des „Offizialprinzips“ („Immutabilitätsprinzip“ nach Heinze). Ähnlich Birkmeyer 65. Die richtige Fragestellung ist aber die: Wer ist zur Disposition über den Prozess berufen, der Staat oder jemand Anderes? — Übrigens entspricht das civilprozessuale „Dispositions“prinzip nicht dem Anklageprinzip, sondern dem Anklageformprinzip, unten § 68 II.

[2]) Privat- und Popularklage kann man mit R. Schmidt, Staatsanwalt und Privatkläger 12 Anm. 2 unter dem gemeinsamen Ausdruck „Privatklage im weiteren Sinne“ zusammenfassen.

[3]) Vgl. R. Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte § 37, 8, Brunner, Rechtsgeschichte II, 488, Dahn, Könige der Germanen VIII, Abt. IV, 81. Durch die Normannen wurde später diese Einrichtung auch nach England verpflanzt, dort änderte sie aber geradezu im Hauptpunkte ihren Charakter. R. Schmidt 26.

[4]) Vgl. z. B. das Statut von Moncalieri bei Turin aus ca. dem 13. oder Anfang des 14. Jahrhunderts, *Rubr. De maleficiis puniendis: Item statutum est, quod castellanus sumat vindictam et faciat iusticiam et accipiat bannum de quolibet maleficio eciam eo non conquerente, cui maleficium factum fuerit, si probatum fuerit per confessionem rei vel per alias legittimas probaciones maleficium fore commissum (Monum. hist. patria, Leges municipales col. 1404).*

[5]) Vgl. Heinze GA. XXIV, 270, 302; R. Schmidt 27.

und bei Übertretungen[6]) oder zur konkurrierenden aber auf wenige Deliktsarten beschränkten Privatklage (Deutschland) zugelassen sind, nur ausnahmsweise aber[7]) unter Ausschluss des Staates den massgebenden Willen haben. Prinzipiell hat heute der Staat ein „Klagemonopol". Die Privaten können seine Thätigkeit nur faktisch anregen, indem sie Denunziationen anbringen, nicht können sie seine Thätigkeit bindend auslösen[8]). In England hat sich nominell die Popularklage erhalten, so jedoch, dass, was zulässig, regulär von Staats wegen vorgegangen wird[9]).

II. Die Auffassung des Strafprozesses als Privat- oder Staatssache hängt zusammen mit der materiellrechtlichen Auffassung des subjektiven Rechts auf Strafe als Privat- oder Staatsanspruchs[10]). Denn begründet das Verbrechen einen Privatstrafanspruch des Verletzten, so ist das Naturgemässe, dass eben dieser Verletzte es ist, von dessen „Disposition" es abhängt, ob Prozess stattfinden soll; begründet, wie es die heutige Rechtsauffassung mit sich bringt, das Verbrechen umgekehrt einen staatlichen Strafanspruch, so ist naturgemäss der Staat derjenige, der den Prozess fordern kann.

Gleichwohl ist es nicht richtig, mit Heinze[11]) die Herbeiführung eines Prozesses geradezu als eine Verfügung über den Strafanspruch anzusehen. Faktisch wirkt derjenige, der einen Prozess herbeiführt, mittelbar allerdings auch auf den Anspruch ein, juristisch aber bildet das Herbeiführen eines Strafprozesses den Inhalt eines besonderen Rechts: des Strafklagerechts[12]). Es ist zwar, wie oben gesagt, das Naturgemässe, dass der Strafberechtigte auch der Strafklageberechtigte ist. Gründe aller Art[13]) können aber dazu führen, dass das Strafklagerecht einer anderen Person an Stelle des Strafberechtigten oder mit ihm zusammen übertragen wird[14]).

---

[6]) Vgl. R. Schmidt, 16, 140 ff. Süss, Stellung der Parteien 53, 72.

[7]) Österreich in einzelnen Übertretungsfällen, Schmidt 141, Süss 53, 72.

[8]) Vgl. Binding, Die drei Grundfragen der Organisation der Strafgerichte, 4, R. Schmidt, Staatsanwalt und Privatkläger, 11. — Dies gilt auch für das Klageprüfungsverfahren (St P.O. § 170, unten § 112).

[9]) R. Schmidt 28—30; Süss 65, 92.

[10]) Heinze, G.A. XXIV, 265 ff., insbes. 270 ff. Glaser, Kl. Schr. I, 430.

[11]) a. a. O., insbes. 266.

[12]) Dasselbe ist nicht, wie Ullmann 7—8 will, als eine blosse Potenz des Strafanspruchs aufzufassen.

[13]) Vgl. besonders R. Schmidt 12 ff.

[14]) Als Beispiel diene einstweilen die römische Popularklage. Das heutige Recht — vgl. nachstehend — zeigt das Auseinanderfallen von *jus puniendi* und Strafklagerecht in noch weiterem Umfange. — Vgl. auch Heinze selbst 266 a. E.

Das Strafklagerecht lässt sich definieren als das **Recht, im einzelnen Falle die Strafgerichtsbarkeit auszulösen.**

1. Das Strafklagerecht ist Recht, nicht Pflicht. Insonderheit hat unter der Herrschaft des Offizialprinzips der Staat keine Strafklagepflicht, so wenig, wie es innerstaatlich[15]) eine materiellrechtliche staatliche Strafpflicht giebt[16]), denn diesen Pflichten würde das berechtigte Subjekt fehlen[17]).

2. Das Strafklagerecht ist das Recht auf Begründung des Prozessverhältnisses, das Recht auf ein Funktionieren der Strafgerichtsbarkeit, das **Recht auf Strafprozess.**

a) Es steht, insoweit die Offizialmaxime gilt, dem Staate zu, und zwar von Hause aus eben demselben Staate, um dessen Strafanspruch es sich *in concreto* handelt, d. i. demjenigen, der das betreffende Strafgesetz erlassen hat. Diese Regel gilt uneingeschränkt für landesrechtliche Strafansprüche; ein Strafklagerecht bezüglich ihrer hat nur derjenige Bundesstaat, um dessen Strafgesetz es sich handelt, z. B. kann in Preussen keine Bestrafung auf Grund eines Hessischen Strafgesetzes erfolgen. Dagegen bedingen die bestehenden Justizverhältnisse[18]) für Strafansprüche des Reichs eine Abweichung. Das Reich hat in Ansehung dieser Strafansprüche zwar durchweg[19]) ein Strafklagerecht. Allein da die Klageerhebung nur insoweit Reichssache ist, als das Reichsgericht in 1. Instanz mit der Sache befasst wird, so bedarf das Klagerecht des Reichs in weitem Umfang der Ergänzung durch einzelstaatliche Klagerechte. Handelt es sich um Strafansprüche, für die das Reichsgericht in 1. Instanz sachlich zuständig ist, so ist freilich das Klagerecht des Reichs exclusiv. Im Übrigen hat aber das Reich das Klagerecht nur zusammen mit den sämtlichen[20]) Einzelstaaten, so, dass zwischen den mehreren Berechtigten das Verhältnis der Korrealität besteht: wegen eines Reichsstrafanspruchs kann der preussische Staats-

---

[15]) Die völkerrechtlichen „überstaatlichen" Strafpflichten bleiben hier natürlich ausser Betracht. Über sie vgl. Triepel, Völkerrecht und Landesrecht 323 ff., Beling Z. XVII, 325.

[16]) A. M. Heinze 273 f., Binding I, 191 ff., Bierling Z. X, 282 ff. Birkmeyer 64, Ullmann 206, 233.

[17]) Vgl. auch unten § 73.

[18]) Oben § 12.

[19]) Abweichend Kohlrausch, Prozessuale Behandlung der Idealkonkurrenz 19 ff.

[20]) Nicht bloss denjenigen Einzelstaaten, deren Gerichte örtlich zuständig sind, wie Binding I, 194 annimmt. Die Zuständigkeit bedingt nur das Prozessverhältnis; das Strafklagerecht ist das *prius*.

anwalt so gut die Klage erheben, wie der hessische oder (im Falle der Verbindung z. B. mit einer Hochverratssache) der Oberreichsanwalt.

Insoweit Privatklage gilt, ist der betreffende Private Inhaber des Strafklagerechts.

b) Das Strafklagerecht richtet sich gegen Jeden, der der Strafgerichtsbarkeit unterworfen ist, regelmässig ohne besondere Voraussetzungen.

c) Das Strafklagerecht umschliesst die sämtlichen, eine Einheit bildenden Ansprüche (oben § 61 III), die in dem konkreten Falle möglicherweise erwachsen sind[21]). Es ist teilbar nur in demselben Umfange, wie der Prozessgegenstand teilbar ist[22]).

d) Das Strafklagerecht erlischt mit der rechtskräftigen Entscheidung, dem Verbrauch der Strafklage[23]), und zwar beseitigt letztere alle etwa vorhandenen Strafklagerechte, die denselben Prozessgegenstand betreffen. Über das rechtskräftige Urteil hinaus bleibt das Strafklagerecht nur bestehen unter den Voraussetzungen, unter denen eine Wiederaufnahme statthaft ist, sofern diese Voraussetzungen schon zur Zeit des Urteils gegeben waren. Erfüllen sie sich nachher, so lebt das untergegangene Strafklagerecht wieder auf.

Ob die Verfolgungs-Verjährung[24]) und die Abolition Gründe für das Erlöschen des Strafklagerechts darstellen, hängt davon ab, ob man — was bestritten ist — jene dem materiellen oder dem Prozessrechte zuweist[25]). Das Privat-Strafklagerecht erlischt auch durch Zurücknahme der anhängig gemachten Privatklage, St.P.O. § 432, während die öffentliche Klage nach der Zurücknahme erneuert werden kann.

e) Eine Hemmung des Strafklagerechts kann sich u. A. ergeben aus dem Grundsatz der Spezialität der Auslieferung, insofern nach den

---

[21]) Bei Idealkonkurrenz ist daher nur ein Strafklagerecht gegeben. A. M. Binding I, 633.

[22]) Oben § 61 V.

[23]) Unten § 98.

[24]) Über die Vollstreckungsverjährung s. unten § 139 X.

[25]) Richtiger Ansicht nach würden beide Institute dem Strafrecht zuzuweisen sein (als Strafaufhebungsgründe). Für die Verjährung ergiebt sich dies aus dem freilich *de lege ferenda* sehr anfechtbaren Grundgedanken des Instituts, dass eine Strafe, die nicht der That bald folge, ungehörig sei. Für die Abolition fällt ihre Zusammengehörigkeit mit der Begnadigung im engeren Sinne ins Gewicht; sie erscheint im Gegensatz zu dieser als Verzicht auf den etwa vorhandenen Strafanspruch. Nicht zu verkennen ist freilich, dass die Abolition regelmässig in ganz anderem Sinne geübt wird, nämlich als „Niederschlagung des Verfahrens“, also als eine prozessuale Wirksamkeit beanspruchende Massregel. Aber insoweit ist sie heute unzulässig, oben Bennecke 34 Anm. 17, unten § 137 I.

Auslieferungsverträgen des Deutschen Reichs einem Ausgelieferten nur wegen der That, um derentwillen die Auslieferung erfolgt ist, nicht wegen anderer vor der Auslieferung begangener Thaten der Prozess gemacht werden kann[26]).

Doch kann das gehemmte Strafklagerecht unter Umständen wieder frei werden, z. B. wenn der betreffende auswärtige Staat seine Zustimmung erklärt, oder wenn in dem Auslieferungsvertrage die Zulässigkeit des Prozesses für den Fall ausbedungen ist, dass der Beschuldigte sich nach der Auslieferung freiwillig in dem Lande, an das er früher ausgeliefert worden war, aufhält oder dorthin zurückkehrt, und diese Bedingung eintritt.

f) Das Strafklagerecht ist mithin ganz getrennt von dem Strafanspruch[27]). Das tritt am deutlichsten darin zu Tage, das es sich auch gegen den Unschuldigen richtet.

Es ist ferner nicht etwa parallel der römischen privatrechtlichen *actio;* denn diese steht nur dem wirklich materiell Berechtigten zur Seite; ebensowenig — aus ähnlichem Grunde — dem von Wach[28]) für den Civilprozess aufgestellten Rechtsschutzanspruch[29]). Vielmehr hat es ungefähre Ähnlichkeit mit dem sogenannten publizistischen Rechtsschutzanspruch des Civilprozesses[30]), nur in umgekehrter Richtung, insofern es nicht, wie dieser, den Individuen gegen den Staat, sondern umgekehrt dem Staat (scil. soweit er der Klageberechtigte ist) gegen die Individuen zusteht[31]).

g) Zum Prozessverhältnis steht das Strafklagerecht im Verhältnis einer Voraussetzung: es ist eine Prozessvoraussetzung, sodass bei Fehlen des Strafklagerechts in der Person desjenigen, der es geltend macht, oder in der Person dessen, gegen den es geltend gemacht wird, ein ordnungsmässiges Prozessverhältnis nicht entsteht[32]).

h) Über die Form der Geltendmachung des Strafklagerechts handelt unten § 68.

---

[26]) Vgl. dazu Delius Auslief.-R. 52.

[27]) Binding I, 193 f., A. M. Ullmann, oben S. 217 Anm. 12.

[28]) I, 19 ff.

[29]) Den Wach'schen Rechtsschutzanspruch hätte z. B. der unschuldige Beschuldigte gegen den Staat, das Strafklagerecht hat immer der Staat gegen den schuldigen oder unschuldigen) Beschuldigten.

[30]) Vgl. Degenkolb, Einlassungszwang 1 ff., Plósz, Beiträge zur Theorie des Klagerechts, 47 ff.

[31]) Ob für den Civilprozess ein „publizistisches Klagerecht" angenommen werden kann, kann hier dahingestellt bleiben.

[32]) Nicht darf es mit dem Prozessverhältnis identifiziert werden.

## 2. Die Ausnahmen von der Offizialmaxime.

### § 63.

### a) Im Allgemeinen.

Im heutigen deutschen Reichsrecht ist die Offizialmaxime durch eine Reihe von Ausnahmen durchbrochen[1]).

I. Unverkürzt würde die Offizialmaxime dahin gehen, dass der Staat in der Entschliessung, ob im konkreten Falle ein Strafprozess stattfinden solle, also in der Ausübung seines Strafklagerechts, von anderen Faktoren ganz unabhängig wäre. Dies trifft nicht immer zu.

1. In gewissen Fällen kann und darf der Staat nur auf Antrag des Verletzten (oder gewisser anderer Personen);

2. in anderen Fällen nur auf „Ermächtigung" hin vorgehen[2]).

3. Im Falle des § 4 i. f. St.G.B. ist die Strafverfolgung nur auf Antrag einer ausländischen Behörde zulässig. Der Grund dieser Bestimmung ist die Rücksicht auf den internationalen Staatenverkehr. Der „Antrag" ist daher hier nicht im Sinne des „Antrages" unter Ziffer 1 aufzufassen, insbesondere nicht befristet, wie dieser es ist.

4. Im Falle des § $4^3$ St.G.B. tritt die Verfolgung nur auf Antrag des Verletzten ein, sofern das ausländische Strafrecht (und zwar das des Begehungsortes) einen solchen Antrag fordert, St.G.B. § $5^3$. Auch dieser „Antrag" ist nicht als Strafantrag im Sinne von Ziffer 1 aufzufassen, richtet sich vielmehr durchaus nach dem betreffenden ausländischen Recht. Der Ausdruck „Antrag" wird hier überdies im weitesten Sinne, = Verlangen des Verletzten nach Strafverfolgung aufzufassen sein, sodass unter § $5^3$ cit. auch der Fall zu ziehen ist, dass das ausländische Recht die Verfolgung nur auf Privatklage des Verletzten hin eintreten lässt.

II. Noch weitergehend legt das Gesetz (St.P.O. §§ 414 ff., R.Ges. vom 27. Mai 1897 § 12) für die Fälle der nur auf Antrag verfolgbaren Beleidigungen und Körperverletzungen, sowie des unlauteren Wettbewerbs gewissen Privatpersonen ein Strafklagerecht bei, dergestalt, dass diese im Wege der „Privatklage" gegen den Beschuldigten selbständig vorgehen dürfen[3]).

---

[1]) Häufig werden unter die Ausnahmen auch die Fälle des Opportunitätsprinzips gezählt. Dies beruht auf der irrigen Auffassung, als sei das Legalitätsprinzip nur eine Anwendung des Offizialprinzips. Vgl. hiergegen unten § 73.

[2]) Über Antrag und Ermächtigung handeln *ex professo* §§ 64—67.

[3]) Die Regelung der Privatklage im heutigen Recht muss als prinziplos bezeichnet werden, insofern als die Sonderbehandlung der Beleidigung, der Körperverletzung und des unlauteren Wettbewerbs keinen Titel für sich hat.

Hier (ad II) erscheint also das Klagemonopol des Staates, wie es durch die Offizialmaxime bedingt ist, durchbrochen. Dieses private Strafklagerecht ist allerdings nicht exclusiv, vielmehr hat in allen diesen Fällen der Privatklage auch der Staat ein Strafklagerecht[4]). Andererseits ist aber das Privatklagerecht dem staatlichen Klagerecht nicht blos subsidiär in dem Sinne, dass es erst wirksam würde, wenn der Staat die Ausübung seines Klagerechts abgelehnt hätte: vielmehr kann der Privatklageberechtigte vorgehen, ohne auf die staatliche Entschliessung zur Strafverfolgung Rücksicht zu nehmen. Das Verhältnis zwischen staatlichem und privatem Klagerecht ist also das der Korrealität, so freilich, dass, wenn beide Berechtigten von dem Klagerecht Gebrauch machen, der Staat die Vorhand hat. Macht also der Staat sein Klagerecht geltend, so ist fortan für eine Privatklage kein Raum mehr, und die vorher erhobene Privatklage hört zu wirken auf. Dem Privatkläger bleibt hier nur die Stellung eines Nebenklägers. In diesem Sinne ist das Privatklagerecht subsidiär.

Die Korrealität der beiden Strafklagerechte bringt es mit sich, dass beide erlöschen, sobald auf Grund eines derselben eine rechtskräftige Entscheidung ergangen ist[5]).

### b) Strafantrag und Ermächtigung insbesondere[1]).

### § 64.

#### α. Allgemeines.

I. Bei einer Anzahl von Delikten tritt nach ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung „die Verfolgung nur auf Antrag" ein[2]). Diese sogenannten „Antragsdelikte" — Gegensatz: „Offizialdelikte" — finden sich im St.G.B. in §§ 102—104[3]), 123, 170, 172, 179, 182, 189, 194—196, 232, 236, 237, 247, 263, 288, 289, 292, 299, 300—303, 370[5] und [6][4]).

[4]) Das Vorliegen eines „öffentlichen Interesses" im Sinne des § 416 St.P.O ist nicht Bedingung des staatlichen Strafklagerechts, sondern nur Bedingung der staatsanwaltschaftlichen Klagepflicht, unten § 73.

[5]) S. das Nähere unten § 141 ff.

[1]) Es ist bisher üblich, die Lehre von Antrag und Ermächtigung nicht im System des Strafprozesses, sondern in dem des Strafrechts darzustellen. Steht man auf dem Standpunkt, dass Strafantrag und Ermächtigung Prozessvoraussetzungen sind, so ist diese Behandlung eine Inkonsequenz, mit der gebrochen werden muss.

[2]) Die Geschichte des Antragsrechts s. bei Köhler, Lehre vom Strafantrag 4 ff.

[3]) Der „Antrag der auswärtigen Regierung" in §§ 102, 103 ist Antrag im technischen Sinne. Dagegen v. Liszt in § 44 Anm. 9, der aber in § 45 I Abs. 2 die §§ 102, 103 den Antragsfällen zuzählt.

[4]) Die Antragsfälle ausserhalb des St.G.B. sind zusammengestellt bei Köhler 31—34.

Hier bedarf es eines Antrags gleichviel in welcher Erscheinungsform das Delikt auftritt (Versuch, Anstiftung u. s. w.)[5]. Militärische Delikte sind ausnahmslos Offizialdelikte nach M.St.G.B. §§ 51, 127.

In allen Antragsfällen hat die Nichtstellung des Antrages also die Kraft, ein Strafverfahren zu inhibieren, sodass im Endergebnis das Privatinteresse gegenüber dem öffentlichen Interesse in den Vordergrund tritt. Die Rechtfertigung dieser auffallenden Erscheinung[6] wird vielfach darin gefunden, dass der Verletzte möglicherweise den *strepitus fori* als eine neue Verletzung empfinden würde, und dieses berechtigte Interesse geschont werden solle[7]. Das ist richtig, aber zu eng. Die Beweggründe, aus denen heraus der Berechtigte die Strafantragstellung unterlässt, sind gleichgültig. Das Richtige ist[8], dass in den Antragsfällen das staatliche Interesse an der Realisation der Bestrafung als bedingt erscheint durch das Verlangen des Verletzten nach Genugthuung[9]. Der Staat glaubt in diesen Fällen unbeschadet seiner Autorität seine Strafaufgabe zurückstellen zu können, wenn der Verletzte nicht Genugthuung begehrt[10]. Das Gesagte ist natürlich nur negativ dahin zu verstehen, dass bei Mangel des Antrages ein öffentliches Interesse nicht vorliegt; nicht etwa umgekehrt dahin, dass bei Stellung des Antrages das öffentliche Interesse unbedingt gegeben sei; vgl. § 416 St.P.O.[11] [12].

---

[5]) Und zwar auch dann, wenn die That unter einem anderen ideell konkurrierenden Gesichtspunkt gleichzeitig als Offizialdelikt erscheint, z. B. wenn die Beschädigung eines fremden Tiers sich gleichzeitig als Tierquälerei darstellt. Wird in solchem Falle der Antrag nicht gestellt, so ist die That als Tierquälerei, nicht als Sachbeschädigung verfolgbar, es tritt also eine Zerteilung des Prozessgegenstandes ein, oben § 61 V 1. Ebenso H. Meyer § 43 bei Anm. 20; Kohlrausch, Zur prozessualen Behandlung der Idealkonkurrenz, 32. Anders Binding I, 631, Köhler 119.

[6]) Vgl. zum Folgenden Reber, Antragsdelikte 7 ff; Köhler 6 ff., H. Meyer § 43, 1.

[7]) v. Liszt § 45 II 2; Frank § 61 Bem. I 1.

[8]) So v. Bar G.A. XIX, 644; Köhler 8.

[9]) Ein „materiellrechtlicher Grundgedanke“ des Antragsrechts (so Binding I, 606, Normen I, 2. Aufl. 30) ist dies nicht.

[10]) Legislatorische Bedenken hiergegen erhebt mit Recht Binding I, 603 f., vgl. auch Medem G.S. XXVII, 509.

[11]) Hiermit erledigt sich der unter Bezugnahme auf § 416 erhobene Einwand von Steinitz Kompensation 22.

[12]) Zuweilen wird dem Strafantrag teilweise noch die Funktion zugeschrieben, Symptom dafür zu sein, dass der Betroffene die Verletzung empfunden habe. So v. Liszt § 45, II, 1; Frank § 61 Bem. I 1. Das ist unhaltbar. Gewiss ist das Empfinden der Verletzung seitens des Betroffenen bisweilen unerlässlich, soll anders die That „für die öffentliche Rechtsordnung von Bedeutung“ (v. Liszt), deutlicher: „rechtswidrig“ sein. Aber weder ist der nachträglich gestellte Strafantrag

Seinem Wesen nach ist der Strafantrag Bedingung des staatlichen Strafklagerechts, somit Prozessvoraussetzung, nicht materiellrechtliche Bedingung der Strafbarkeit[13]). Denn historisch erscheint der Strafantrag als ein Nachklang der exklusiven Privatklage, die doch sicher keine „Bedingung der Strafbarkeit" war. Und dass der Strafantrag auch im heutigen Reichsrecht prozessuale Natur hat, erhellt einmal aus dem Wortlaut der einschlägigen Gesetze[14]), sodann aus der Unnatürlichkeit der gegenteiligen Konstruktion[15]), endlich direkt aus § 259 St.P.O., welcher mit der materiellrechtlichen Natur des Antrages unvereinbar ist[16]).

Nicht gegen die prozessuale Auffassung spricht der Umstand, dass der Antrag im St.G.B. behandelt ist; letzteres Gesetz enthält auch sonst prozessuale Bestimmungen; übrigens handelt das Urheberrechtsgesetz vom 11. Juni 1870 § 27 von dem Antrag unter der Rubrik: „Prozessuales".

Die Meinung[17]), der Strafantrag habe Doppelnatur, sowohl materiellrechtliche, wie prozessuale, ist unannehmbar weil die Folgen ganz verschieden sind, je nachdem man den Antrag als materiellrechtlich oder als prozessual bedeutsam behandelt.

II. Eine ähnliche, gleichwohl aber eigenen Grundsätzen folgende Prozessvoraussetzung ist die sogenannte „Ermächtigung" zur

---

ein Beweis dafür, dass der Betroffene sich wirklich durch die That verletzt gefühlt hat (der Antrag kann z. B. lediglich ein Racheakt sein), noch ist das Unterbleiben des Strafantrages ein Beweis dafür, dass der Betroffene sich nicht verletzt gefühlt habe (er kann sich z. B. durch eine Geldsumme den Antrag haben abkaufen lassen). Gut Steinitz, Kompensation, 21 f.; s. auch Köhler, Lehre vom Strafantrag 3, 23 Anm. 1. — Vgl. auch Binding I, 605.

[13]) Ebenso die weitaus herrschende Meinung; insbesondere Bennecke oben 14; v. Liszt § 45 III; v. Kries 10; Frank Bem. II zu § 61 St.G.B.; Binding I, 611 ff. und die reichsgerichtliche Rechtsprechung R. I, 614; E. II. 221, VI, 161 etc. Dagegen neuerdings besonders Köhler 10 ff., vgl. auch die dort Citirten (v. Bar, v. Kirchenheim, Merkel u. A.), sowie Birkmeyer 668. Die Ausführungen Köhlers 14 ff. beruhen auf einer eigenartigen — unhaltbaren — Auffassung des Begriffs „Bedingung der Strafbarkeit" im Verhältnis zum Begriff der „strafbaren Handlung", sowie im Verhältniss zum Begriff der „Prozessvoraussetzung".

[14]) „Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein".

[15]) Wäre der Antrag eine Bedingung der Strafbarkeit, so wäre bis zu seiner Stellung oder Nichtstellung die Frage, ob eine strafbare Handlung vorliegt, in der Schwebe, was übrigens auch durch §§ 127, 130 St.P.O. widerlegt wird. Vgl. oben Bennecke 195 Anm. 10.

[16]) Vgl. unten § 95.

[17]) So besonders v. Risch G.S. XXXVI, 251; Olshausen 1 zu § 61; Fuchs Anklage und Antragsdelikte 33; Hälschner I, 711 f.; H. Meyer 293, Binding, Normen, 1. Aufl. I, 19 ff.; auch die 2. Aufl. der Normen S. 30 hält, wie das Handbuch, trotzdem hier der Antrag durchaus als Voraussetzung des Strafklagerechts behandelt wird, noch an dem „materiellrechtlichen Grundgedanken" des Antragrechts fest. S. dagegen oben Anm. 9.

Strafverfolgung, die in den Fällen der §§ 99, 101, 197 St.G.B. erforderlich ist[18]).

Ihre wesentlichen Unterschiede vom Strafantrage sind folgende:

1. Die Ermächtigung wird *ex officio* eingeholt, wenn sie nicht spontan gestellt wird; der Antrag kann abgewartet werden[19]).

2. Die Ermächtigung ist unbefristet und in jeder Form gültig[20]).

3. Die Ermächtigung ist nicht zurücknehmbar[21]).

### β. Die Sätze über den Strafantrag im einzelnen.

## § 65.

### *1. Antragsrecht, Antragsfähigkeit, Antragsinhalt.*

I. Strafantragsberechtigt sind

a) jeder durch die That Verletzte, St.G.B. § 65, Abs. 1, Satz 1.

„Verletzt" ist derjenige, dessen eigene Rechtsgüter durch die That angegriffen worden sind[1]), und zwar derjenige, der z. Z. der That Herr des betr. Rechtsgutes war. Wer nach Begehung der That das Rechtsgut überkommt, wird dadurch nicht „Verletzter", ist vielmehr nicht antragsberechtigt[2]). Obligatorische Beziehungen zu dem verletzten Rechtsgut genügen nicht, z. B. ist der Käufer einer beschädigten Sache nicht „verletzt". Wohl aber ist verletzt, wer an der Sache rechtlich geschützten Besitz (unmittelbaren oder mittelbaren) hat[3]).

In einzelnen Fällen ist die Person, die als verletzt gelten soll, im Gesetz speziell bezeichnet, vergl. z. B. St.G.B. §§ 104 („Der Beleidigte"),

---

[18]) Mit dem Text übereinstimmend erachten die Ermächtigung für eine Prozessvoraussetzung: Frank II zu § 99; Binding, Normen I, 2. Aufl., 30, 184; Bennecke oben 14; v. Liszt § 44 Anm. 9, auch Birkmeyer 71, wiewohl er den Strafantrag für eine Bedingung der Strafbarkeit hält. Dagegen halten H. Meyer § 42 bei Anm. 13, v. Bar G.A. XIX, 641; Olshausen 1 zu § 61 die Ermächtigung für eine Bedingung der Strafbarkeit.

[19]) Hausmann, Beleidigung gesetzgebender Versammlungen 13 ff., Frank II zu § 99, Binding I, 615, Köhler 169.

[20]) Frank II, 2 zu § 99. Bennecke 443; E. VII, 382, XVIII, 382. Über Frist und Form des Antrags s. unten § 66.

[21]) Über die Zurücknahme des Antrags s. unten § 67.

[1]) Die Frage, wer dies im einzelnen ist, beantwortet sich nach materiellstrafrechtlichen Sätzen, d. h. es kommt nur die thatbestandsmässige Verletzung in Betracht (also bei Körperverletzungen die Verletzung der Gesundheit u. s. w.). Vgl. Frank § 61 Bem. III, Binding I, 615 ff., Köhler 39 ff., H. Meyer § 43 bei Anm. 24, Hälschner I, 714, Olshausen 10 zu § 61, E. XIX, 250. A. M. Kessler, Einwilligung des Verletzten, 49.

[2]) A. M. v. Liszt § 45 Anm. 14.

[3]) Vgl. E. XIX, 379.

170 („Der getäuschte Teil"), 288 („Der Gläubiger"), besonders aber Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 27. Mai 1896, §§ 12, 1.

b) der gesetzliche Vertreter des minderjährigen Verletzten, St.G.B. § 65, Satz 2.

c) der Ehemann, insofern es sich um Beleidigung oder Körperverletzung, begangen gegen die Ehefrau, handelt, St.G.B. §§ 195, 232 Abs. 3.

d) Eltern und Vormund im Falle des § 182 St.G.B., daselbst Abs. 2.

e) Eltern, Kinder, Ehegatte im Falle des § 189 St.G.B., daselbst Abs. 3.

f) der Staat und die sonstigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts (Kommunalverbände etc.), insofern es sich handelt um eine Beleidigung oder Körperverletzung, die gegen eine Behörde, einen Beamten, einen Religionsdiener oder ein Mitglied der bewaffneten Macht, während sie in der Ausübung ihres Berufs begriffen waren, oder in Beziehung auf ihren Beruf begangen ist, §§ 196, 232 Abs. 3 St.G.B.

Die Berechtigungen ad b—f hängen, wie ersichtlich, von einem gewissen persönlichen Verhältnis zu dem Verletzten ab. Da denkbarerweise mehrere Personen nacheinander in dieses Verhältnis eintreten können, so fragt es sich, auf welchen Zeitpunkt es für diese Strafantragsberechtigung ankommt[4]). Da letztere zweifellos ein subjektives öffentliches Recht ist, subjektive öffentliche Rechte aber grundsätzlich — soweit nicht besondere Gründe für das Gegenteil vorliegen — als unübertragbar, höchstpersönlich, gelten müssen, so kann es eine Succession in das Strafantragsrecht keinesfalls geben, es kann vielmehr nur je einer der zeitlich aufeinander gefolgten gesetzlichen Vertreter (ad b), Ehemänner (ad c), Dienstherren (ad f) das Antragsrecht haben, und dies kann offenbar nur derjenige sein, der z. Z. der That (genauer z. Z. der durch die That bewirkten Verletzung) in dem betreffenden persönlichen Verhältnis zu dem Verletzten stand, denn ihn betrifft die Angelegenheit in erster Linie. Folgerecht ist dann auch anzunehmen, dass ein Ausscheiden aus der betreffenden persönlichen Stellung[5])

---

[4]) Z. B. ad b): der Vormund A legt sein Amt als solcher nieder und wird durch B ersetzt; ad c): die Ehefrau X wird von ihrem Ehemann C geschieden und geht eine Ehe mit D ein; ad f): der Staat bewilligt dem Schutzmann Y den Abschied, und letzterer tritt in städtische Dienste.

[5]) Vgl. die Beispiele in Anm. 4.

sowie auch der Tod des Verletzten das einmal erworbene Strafantragsrecht des Nebenberechtigten unberührt lässt[6]). Dies entspricht auch dem gesetzgeberischen Gedanken, dass die Antragsberechtigungen ad b—f selbständige sind.

Das Antragsrecht geht unter mit dem Tode des Berechtigten, auf die Rechtsnachfolger geht es nicht über[7]).

II. Da die Antragsstellung eine Rechtshandlung ist, so setzt sie zu ihrer Gültigkeit Handlungsfähigkeit bestimmter Art — Strafantragsfähigkeit — voraus. Die Scheidung zwischen Strafantragsberechtigung und Strafantragsfähigkeit ist bisher weder in der Wissenschaft durchgeführt[8]), noch ist die Gesetzgebung seinerzeit darüber klar gewesen[9]), sie ist aber für die korrekte Behandlung der Strafanträge unerlässlich.

Strafantragsunfähig ist, wer geschäftsunfähig ist (§ 104 B.G.B.) oder das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, St.G.B. § 65 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 (Fassung des Art. 34 III E.B.G.B.) Strafantragsberechtigt ist also auch der Geschäftsunfähige und unter 18 Jahre Alte. Das ergiebt sich trotz der Fassung des § 65 Abs. 2 St.G.B. (Anm. 9) daraus, dass § 65 Abs. 1 Satz 1 sagt:

„Der Verletzte, welcher das 18. Lebensjahr vollendet hat, ist selbständig zu dem Antrage auf Bestrafung berechtigt."

Daraus folgt, dass auch der Jüngere antragsberechtigt ist, nur eben nicht „selbständig", sondern so, dass für ihn der gesetzliche Vertreter wie in allen übrigen Beziehungen handelnd auftritt.

Für den Strafantragsunfähigen übt der gesetzliche Vertreter das Antragsrecht aus[10]).

Die Persönlichkeit des gesetzlichen Vertreters ergiebt sich aus den einschlägigen Sätzen des bürgerlichen Rechts. Insbesondere gehört hierher auch der Spezialpfleger, der auf Grund vom B.G.B. § 1909

---

[6]) Teilweise a. M. Binding I, 628—630, Köhler 148, H. Meyer § 43 bei Anm. 28. Es bedarf hier der Scheidung zwischen Antragsrecht und Antragstellungsvertretung, s. unten sub II.

[7]) v. Liszt § 45 III 6, E. XI, 53, Binding I, 646, H. Meyer § 305 bei Anm. 32 und die H. M. A. M. Frank § 61 V, teilweise auch Binding I, 624, Fuchs, Anklage und Antragsdelikte, 56.

[8]) Z. B. soll nach v. Liszt § 45 III 1a der Verletzte, solange er unter 18 Jahren ist, nicht antragsberechtigt sein. Ebenso Binding I, 626, 652.

[9]) Inkorrekt ist z. B. § 65 Abs. 2 St.G.B. *verb.* „Berechtigte".

[10]) In der Person des gesetzlichen Vertreters eines noch nicht 18jährigen treffen also die eigene Antragsberechtigung (oben I 1b) und die Vertreterstellung zusammen. Dagegen ist der Altersvormund des 18—21jährigen nur aus eigenem Rechte zum Antrag befugt.

eigens dazu bestellt ist, gegen den regulären gesetzlichen Vertreter wegen Verletzung des Pflegebefohlenen Strafantrag zu stellen[11]).

In entsprechender Weise übt für juristische Personen (beleidigte Aktienvereine ad a), Staat und Kommunalverbände etc. ad f) das betreffende Organ die Antragstellung aus[12]); in den Fällen ad f) ist durch §§ 196, 232 St.G.B. diese organschaftliche Stellung jedem (auch dem mittelbaren) Vorgesetzten des beleidigten (bezw. körperlich verletzten) Subjektes zugewiesen[13]). Im übrigen kommt es auf die geltenden Bestimmungen an, durch die die Organisation der betreffenden juristischen Person geregelt wird[14]).

In allen Fällen der Vertretung und der Organschaft handelt es sich also nicht um ein eigenes Recht des Vertreters bezw. Organs. Hieraus folgt[15]): bei Personenwechsel in der Vertreter- bezw. Organstellung geht die Ausübung des Antragsrechts successiv von dem einen auf den anderen über[16]); der Tod (Wegfall) des Berechtigten hat zur Folge, dass auch der bisherige gesetzliche Vertreter bezw. das bisherige Organ fortan nicht mehr von dem Antragsrecht des Berechtigten Gebrauch machen kann[17]).

Sind mehrere gesetzliche Vertreter bezw. Organe zum Strafantrage legitimiert, so hängt es von den sonstigen allgemeinen Bestimmungen über ihre Funktionen ab, ob sie von einander unabhängig sind oder nur konjunktim den Antrag stellen können.

---

[11]) Vgl. auch Binding I, 627; Köhler a. a. O. 61 f.; Barnau, Stellvertretung im Strafrecht und Strafprozess, 14; E. V, 190.

[12]) Vgl. St.G.B. §§ 102, 103.

[13]) Inkorrekt die Fassung des § 196 St.G.B. „das Recht, den Strafantrag zu stellen u. s. w."

[14]) Vgl. E. XIX, 380.

[15]) An dem Folgenden zeigt sich besonders augenfällig die Bedeutung der Scheidung zwischen Antragsrecht und Antragsfähigkeit.

[16]) Z. B. der Polizei-Präsident A als Vorgesetzter des beleidigten Schutzmanns X tritt in den Ruhestand und wird durch B ersetzt. Von diesem Zeitpunkt ab ist A nicht mehr zur Antragsstellung legitimiert, wohl aber B. — Der Vormund A des beleidigten 16jährigen X legt sein Amt nieder, ihm folgt als Vormund B; alsdann behält A zwar sein eigenes Antragsrecht (oben I b), in die Ausübung des Rechts des X tritt aber B ein; wird B alsdann durch C ersetzt, so verliert B alle Legitimation zur Antragsstellung, fortan sind nur A kraft eigenen Rechts und C als Vertreter legitimiert.

[17]) Z. B. der Vormund B, der an die Stelle des A getreten ist (vgl. vorige Anm.), verliert jede Legitimation, wenn X stirbt. — Der Gemeindewächter Y ist beleidigt worden; die Landgemeinde, in deren Dienst er steht, wird in einen Stadtbezirk inkommunalisiert; der bisherige Gemeindevorsteher kann den Strafantrag nicht mehr stellen.

Über die gewillkürte Stellvertretung in der Stellung des Strafantrags wird unten gehandelt[18]).

III. Den Inhalt des Strafantragsrechts bildet nicht das Verlangen-Dürfen, dass im Falle der Antragsstellung ein Strafverfahren stattfindet — sonst wäre das Antragsrecht ein Strafklagerecht —, sondern das Verlangen-Dürfen, dass im Falle der Nichtstellung des Antrags ein Strafverfahren nicht stattfindet[19]).

Der Umstand, dass nach St.P.O. §§ 170 ff. der „Antragsteller, der zugleich der Verletzte ist," die Klageerhebung durchsetzen kann[20]), spricht nicht gegen diese Auffassung, weil die §§ 170ff. gar nicht an den Strafantrag im technischen Sinne denken, und zudem die Befugnis, gerichtliche Entscheidung über die Klageerhebung anzurufen, nicht dem „Antragsteller" als solchem, sondern nur dem Verletzten zusteht.

Der Antrag entfesselt also nur das Strafklagerecht, ohne es positiv zur Wirksamkeit zu zwingen. Die Stellung des Antrages stellt sich somit im Grunde dar nicht als Ausübung eines Rechts, sondern als eine Ausübung des Verzichts auf das Recht, die Strafverfolgung zu hemmen[21]).

Konsequentermassen müsste daher der Verzicht aller Berechtigten zur Strafverfolgung erfordert werden. Dies trifft jedoch nicht zu. Vielmehr sind die etwa vorhandenen mehreren Strafantragsrechte völlig selbständig, unabhängig von einander. Es genügt der Antrag eines der Berechtigten, ohne Rücksicht darauf, ob die übrigen einverstanden sind oder nicht[22]).

Der Strafantrag kann das Strafklagerecht natürlich nicht in weiterem Umfange entfesseln, als die Macht des Antragsberechtigten zur Hemmung der Strafverfolgung reichte, d. h. der Antrag ermöglicht eine Würdigung der That nur, insoweit es sich um ihre Richtung gegen den betreffenden Antragsteller bezw. (in den Fällen I b—f) gegen denjenigen Verletzten handelt, dessen persönliche Beziehung zu dem Antragsberechtigten den Grund des Antragsrechts bildet. Hat A durch ein Wort den B und den C beleidigt oder durch einen Stoss den B körperlich verletzt und eine dem C gehörige Uhr, die B in der Hand

---

[18]) § 78 I.

[19]) Ebenso Thomsen, Verhandlungen des XII. deutschen Juristentages, Gutachten I, 196; Medem G.S. XXIX, 518; Steinitz, Die sogenannte Kompensation, 23—25; H. Meyer § 43 bei Anm. 22. S. auch R.G. E. III, 387; IX, 393. Dagegen Binding I, 613; Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, 138.

[20]) Binding I, 614.

[21]) Legislatorisch richtiger wäre es, wenn zur Hemmung des Verfahrens ein positiv erklärter Einspruch des Verletzten erfordert würde, sodass Nichterklärung binnen der gesetzten Frist das Strafklagerecht frei machte.

[22]) Arg. § 62 St.G.B.

hatte, beschädigt, und stellt nur B Strafantrag, so bleibt die That insoweit unverfolgbar, als sie den C verletzt[23]).

Folgerecht muss das Gleiche gelten, wenn die ideell konkurrierenden Verletzungen eine und dieselbe Person betroffen haben, und diese nur unter dem einen Gesichtspunkt Strafantrag stellt, z. B. nur wegen Körperverletzung unter Ausschluss der ideell konkurrierenden Sachbeschädigung[24]).

Dagegen ist natürlich, wenn der Antragsteller sich nicht solchergestalt beschränkt hat, dem Gericht unverwehrt, die That juristisch anders aufzufassen, als der Antragsteller[25]).

Da ferner die Zahl der Strafklagerechte sich deckt mit der Zahl der Beschuldigten, so sollte prinzipiell der Antrag nur dasjenige der Strafklagerechte entfesseln, auf welches sich der Antrag bezieht. Dem zuwider stellt § 63 St.P.O. den Grundsatz der Unteilbarkeit des Antrages auf, d. h. die Antragsstellung entfesselt das Strafklagerecht nicht bloss gegen den einen oder anderen, sondern gegen sämtliche als Thäter und Teilnehmer bei derselben That Beteiligte, ja sogar gegen den Begünstiger[26]). Demnach ist ein Strafantrag in dem Sinne, dass einige der Beteiligten verfolgt werden sollen, andere nicht, in sich widerspruchsvoll und daher *pro non scripto* zu behandeln. Abgesehen von diesem Falle ist ein Strafantrag, der nur einen der Beteiligten namhaft macht, ausreichend zur Verfolgung sämtlicher Beteiligten, die dem Antragsteller zur Zeit der Antragstellung bekannt waren[27]). Das Gleiche gilt von einem Strafantrage, der einen in Wahrheit gar nicht Beteiligten namhaft macht[28]).

Der Grundsatz der Unteilbarkeit des Antrages greift auch Platz bei den sogenannten relativen oder subjektiven Antragsdelikten, das sind strafbare Handlungen, für die an sich das Offizialprinzip gilt, und nur bezüglich solcher Thäter oder Teilnehmer ein Antrag erforderlich ist, die zu dem Verletzten in einem gewissen

---

[23]) Übereinstimmend Herzog, G.S. XXVI, 202 ff.; Merkel, H.H. des Strafrechts IV, 415; Kohlrausch, Prozessuale Behandlung der Idealkonkurrenz 41. A. M. Binding I, 632; v. Bar G.A. XIX, 648; Olshausen 58 zu § 61; jetzt auch H. Meyer § 43 bei Anm. 34.

[24]) Übereinstimmend Binding I, 636; Kohlrausch a. a. O. 41. Dagegen E. VI, 312, Köhler 115.

[25]) Übereinstimmend Binding I, 635; R.G. E. V, 97; XXI, 169.

[26]) Vgl. hierzu Binding I, 637; Merkel H. H. III, 738, IV, 427; H. Meyer § 43 bei Anm. 19.

[27]) Vgl. unten § 66 I 3 g. E.

[28]) E. V, 268, VI, 212; Frank § 61 Bem. VI 3a.

nahen Verhältnis stehen. (Hierher gehören z. B. Diebstahl, Betrug nach St.G.B. §§ 247, 263; vgl. auch §§ 289, 292). Hier ist die Strafverfolgung von vornherein nur bezüglich derjenigen Beteiligten gehemmt, bei denen jene persönlichen Voraussetzungen zutreffen. Sind ihrer mehrere, so ist wiederum nur ein Strafantrag gegen sie alle zulässig, gegen einen einzelnen von ihnen unzulässig[29]). Ein wirksamer Strafantrag liegt hier zwar nur vor, wenn der Antragsteller zu erkennen giebt, dass er die Strafverfolgung gerade der in dem betreffenden persönlichen Verhältnisse zu ihm stehenden Thäter wolle[30]); ist aber ein solcher Antrag gestellt, so ergreift er nicht bloss die darin speziell bezeichneten Thäter, sondern alle[31]).

## § 66.

### 2. *Antragsfrist und Antragsform.*

I. Der Antrag ist als Prozessvoraussetzung wirksam nur, wenn er fristgerecht gestellt ist; nur der rechtzeitig erklärte Verzicht auf die Hemmung der Strafverfolgung entfesselt das Strafklagerecht. Die Rechtzeitigkeit bezieht sich nicht auf irgend ein Stadium des Prozesses[1]). Der Antrag kann zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens bis zu einer rechtskräftigen Verurteilung oder Freisprechung wirksam gestellt werden[2]), insbesondere noch nach dem Eröffnungsbeschluss, ferner noch in der Berufungs- und Revisionsinstanz[3]). Ein Verfahren wegen eines Antragsdelikts ist freilich, solange der Antrag noch nicht gestellt ist, nur bedingt statthaft und wird daher, wenn diese Situation klar ist, grundsätzlich[4]) nicht einzuleiten oder fortzusetzen sein. Ist es aber eingeleitet und fortgeführt worden, z. B. weil das Delikt irrtümlich als Offizialdelikt aufgefasst wurde, oder in sicherer Erwartung des künftigen Antrages, und wird vor rechtskräftiger Verurteilung oder Freisprechung der Antrag gestellt, so wird das ganze Verfahren nach rückwärts hin legalisiert[5]). Der Strafantrag hat also rückwirkende Kraft.

---

[29]) Binding I, 638.

[30]) Frank § 61 Bem. VI 3 b; Binding I, 655; Olshausen 43 zu § 61; E. VII, 35, XXV, 176, XXXI, 170; R. VIII, 726.

[31]) E. XVII, 246; Olshausen 3 zu § 63; Binding I, 638. A. M. Oppenhoff 4 zu § 63; Reber, Antragsdelikte 443; Frank II 1 zu § 63.

[1]) Eine Ausnahme s. unten Z. 1 Abs. 2.

[2]) Ebenso Binding I, 645.

[3]) Bezüglich der Revisionsinstanz a. M. Binding I, 645.

[4]) Eine Ausnahme s. in §§ 127, 130 St.P.O.

[5]) Ebenso Binding I, 596. R. V, 270, IX, 83. Köhler 134. Bennecke 441 Anm. 17. Vgl. auch H. Meyer § 43 bei Anm. 71.

Dies ergiebt sich daraus, dass das Gesetz nirgends einen Prozesszeitpunkt als Endtermin für die Antragstellung fixiert, in Verbindung mit der Bestimmung der §§ 127, 130 St.P.O., wonach gewisse Prozessakte sogar bei voller Klarheit über das Fehlen des Antrages in Erwartung künftiger Stellung desselben statthaft sind. Überdies würde die gegenteilige Meinung lediglich eine zwecklose Mehrung der Prozesse zur Folge haben[6]).

Auch mit Rücksicht auf den Zeitpunkt der Strafthat ist der Antrag an eine Frist nicht gebunden. Er kann gestellt werden, gleichviel wie lange Zeit seit der Begehung der That verstrichen ist.

Wohl aber besteht eine Befristung für den Antrag mit Rücksicht auf den Zeitpunkt der Kenntnis des zur Ausübung oder Nichtausübung des Strafantragsrechts Berufenen von der That.

1. Diese Antragsfrist beträgt 3 Monate, St.G.B. § 61. Den unbenutzten Ablauf dieser Frist bezeichnet man häufig schlecht als „Antrags-Verjährung".

Ausnahmsweise fällt die Dreimonatsfrist hinweg, wenn es sich um wechselseitige Beleidigungen oder Körperverletzungen handelt. Hier kann der Antrag noch bis zum Schluss der Verhandlung in erster Instanz, aber auch nur so lange gestellt werden, gleichviel ob in diesem Zeitpunkt die drei Monate noch nicht oder schon verstrichen sind[7]) (St.G.B. §§ 198, 232). — Eine besondere Frist ist für den Antrag bei Verletzung seemännischer Dienstpflichten in der Seemannsordnung v. 27. Dezember 1872 § 84 Abs. 5 festgesetzt.

2. Die Dreimonatsfrist ist *tempus continuum*, nicht *utile*, d. h. Hinderung an der Antragstellung hat auf ihren Lauf keinen Einfluss[8]).

---

[6]) Würde z. B. der Antrag in der Berufungsinstanz gestellt, so würde das anhängige Verfahren, weil nicht von vorn herein auf dem Antrag beruhend, eingestellt werden und ein neues Verfahren *ab initio* eingeleitet werden müssen — eine ganz nutzlose Weiterung.

[7]) Doch darf die Antragsfrist bezüglich der That nicht schon in dem Zeitpunkt abgelaufen gewesen sein, als die Gegenthat begangen wurde. Niemand kann ein Antragsrecht, dass er schon verloren hat, dadurch zum Wiederaufleben bringen, dass er selbst den Gegner verletzt. So O.L.G. Dresden Ann. V. 126, Gorden, G.A. XXXXV, 22, v. Schwarze 5 zu § 198 St.G.B., ders. G.A. XXII, 12. A. M. Olshausen 5 zu § 198 St.G.B., E. II, 87.

[8]) Auf bedenkliche Konsequenzen der Kontinuität der Frist weist hin Medem G.S. XXIX 581 ff. Gegen das im Text Gesagte sprechen sich ferner *de lege lata* aus Fuchs, Anklage und Antragsdelikte, 25; Nessel, Antragsberechtigungen 43 f.; Olshausen Bem. 50 zu § 61. Aber das Gesetz giebt für die utile Berechnung der Frist keine Handhabe. So auch die H. M. S. bes. Frank VIII 6 zu § 61. H. Meyer § 43 bei Anm. 47. Binding I, 641, 646. v. Bar G.A. XIX, 715. Köhler 97 erachtet zwar nicht den Beginn, wohl aber den Ablauf der Frist für bedingt durch die faktische und juristische Möglichkeit der Antragstellung. Auch das ist dem Gesetze gegenüber willkürlich.

3. Den Beginn der Dreimonatsfrist bildet das *momentum scientiae*, der Zeitpunkt der Kenntnis „von der Handlung und von der Person des Thäters“ (St.G.B. § 61). Da die Frist nicht der Strafantragsberechtigung gilt, sondern nur dem Entschluss über Ausübung oder Nichtausübung des Rechts, so ist klar, dass es dabei nicht schlechthin auf die Kenntnis des Berechtigten ankommen kann, sondern vielmehr auf die Kenntnis des zur Ausübung (Nichtausübung) Berufenen. Die Frist wird also dadurch in Lauf gesetzt, dass der Berechtigte, insoweit er strafantragsfähig ist (oben § 65 II), oder sein Vertreter oder Organ, insoweit jener nicht antragsfähig ist, von der That erfährt. Ist aber diesem Erfordernis genügt, so läuft die Frist, da sie *tempus continuum* ist, von da ab, auch wenn der Berechtigte antragsunfähig wird oder umgekehrt Antragsfähigkeit erlangt, oder der Vertreter (das Organ) wechselt.

Hat z. B. der über 18 Jahre alte X am 1. Februar die Kenntnis erlangt, wird er später geisteskrank und erhält einen Vormund, so kann dieser den Antrag noch bis zum 1. Mai einschliesslich stellen, später nicht, auch wenn er erst nachher Kenntnis von der That erhält. Vollendet umgekehrt der Verletzte das 18. Lebensjahr, so hat er nur noch den Rest der Frist, die seinem gesetzlichen Vertreter gelaufen wäre[9]). Ebenso kann der amtlich Vorgesetzte im Falle des § 196 St.G.B. sowie der neu eintretende Vormund den Antrag nicht schlechthin binnen 3 Monaten von dem Zeitpunkt ab stellen, in dem er selbst die That erfahren hat; hatte vielmehr ein Vorgänger schon vorher diese Kenntnis erlangt, so hat dieser Moment die Frist in Lauf gesetzt[10]). Dagegen läuft natürlich für den Pfleger, der für ein von seinem Vater (Vormund) verletztes Kind eigens zum Zwecke der Antragstellung bestellt worden ist[11]), die Frist erst von der unter Mitteilung des Sachverhalts erfolgten Bestellung; denn der Vater ist hier als Thäter von der Vertretung in der Antragstellung natürlich ausgeschlossen, sodass seine Kenntnis nicht in Betracht kommt[12]).

Ein Ruhen der Frist in der Zeit, in der der neu eingetretene Ausübungsberufene die Kenntnis nicht hatte, ist dem Gesetz unbekannt[13]).

Kenntnis „von der Handlung und von der Person des Thäters“ im Sinne des § 61 St.G.B. liegt vor, wenn die That in ihrer Eigenschaft als strafbare, den Antragsberechtigten verletzende Handlung einer bestimmten Person zum Bewusstsein des Berufenen gekommen

---

[9]) A. M. Köhler 83. Richtig Reber 465. E. XXIV, 427.

[10]) Anders Binding I, 629. Zutreffend ders. I, 642, 2 a. E.

[11]) Oben § 65 bei Anm. 11.

[12]) Binding I, 630. v. Liszt § 45 Anm. 7. Dagegen Olshausen 20c zu § 65 St.G.B.

[13]) A. M. Oppenhoff 16 zu § 65, Olshausen 16 zu § 65; Frank IV 2 zu § 65.

ist. Insbesondere muss das Vorliegen des Thatbestandes des betreffenden Delikts mit allen seinen Merkmalen, bei den Erfolgsdelikten also auch der Erfolg, dem zum Antrage Berufenen bekannt geworden sein[14]). Bei Handlungen, die nur unter Hinzutritt einer „zweiten Bedingung der Strafbarkeit" strafbar sind (z. B. St.G.B. § 172), beginnt der Fristlauf deshalb nicht vor Kenntnis des Verletzten vom Eintritt dieser zweiten Bedingung[15]).

So lange nicht das Bewusstsein von allen diesen Momenten vorhanden ist, kann von „Kenntnis" keine Rede sein, mag auch der zum Antrag Berufene die Möglichkeit gehabt haben, sich die Kenntnis zu verschaffen[16]).

Handelt es sich um eine zur sogenannten Handlungseinheit[17]) zusammengesetzte Kette von Handlungen, so ist zu unterscheiden:

a) Ist eine jede der Teilhandlungen mit dem Ganzen wesensgleich, derart, dass das Ganze (die Handlungseinheit) nur eine quantitative Verstärkung der Teilhandlungen bedeutet, und jeder Teil in sich bereits den Deliktsbegriff voll verwirklicht (z. B. fortgesetztes Verbrechen), so berechnet sich die Frist bezüglich eines jeden Teils separat[18]).

b) Sind dagegen die Teilhandlungen vom Ganzen qualitativ verschieden, so, dass keine von ihnen für sich allein den Deliktsbegriff erfüllt (z. B. Verhältnis von Vorbereitung und Versuch zur Vollendung; zusammengesetzte Delikte), so beginnt die Frist erst mit der Kenntnis, dass alle Akte vorliegen.

Gleichgültig für den Beginn der Antragsfrist ist dagegen der Eintritt von Prozessvoraussetzungen, sowie die Kenntnis oder Unkenntnis des Verletzten hiervon[19]).

---

[14]) Anders H. Meyer § 43 bei Anm. 43, der die Kenntnis von einem Teil der strafbaren Handlung genügen lassen will.

[15]) v. Liszt § 44 III 3a; § 45 III 2. Schütze, Lehrbuch 327, Binding I, 643—644. Nessel, Antragsberechtigungen 43; v. Schwarze 7, Rüdorff-Stenglein 10 zu § 172 St.G.B., Olshausen 9d zu § 172. E. I, 44; II, 62. R. I, 180, III, 181; XVI, 116. A. M. O. Fischer, G.S. XXI, 54; XXII, 496. Heinze, H.H. des Strafrechts II, 629; H. Meyer, § 43 bei Anm. 45. Oppenhoff 15 zu § 172 St.G.B. Hälschner I, 719. Dochow. H.H. des Strafrechts IV, 274. Reber 471. Köhler 88.

[16]) E. XXVII, 34. Frank VIII 4 zu § 61.

[17]) v. Liszt § 54, Beling, Grundzüge 43.

[18]) A. M. Frank VIII 2 zu § 61; E. XV, 370, XX, 226; Binding I, 630—631; Olshausen 34 zu § 61; Köhler 79. Wie im Text: E. III, 326; Geyer. Grundr. des Strafr. I, 209.

[19]) Binding I, 644. A. M. R.G. E. I, 44, II, 62; R. I, 180, 182.

Sind mehrere Personen als Thäter, Teilnehmer u. s. w. beteiligt, so berechnet sich die Antragsfrist bezüglich eines jeden separat[20]). Denn wenn das Gesetz den Beginn des Fristlaufs an die Kenntnis von der Person des Thäters knüpft, so ist die *ratio legis* die, das die Entschliessung des Antragstellers gerade im Hinblick auf die Persönlichkeit soll erfolgen dürfen.

Hat also A ermittelt, dass X einer der Urheber eines den A beleidigenden anonymen Briefes war, und hat er von da ab drei Monate verstreichen lassen, so kann er, wenn er später den Y als Miturheber ermittelt, noch immer gegen Y, nicht aber gegen X, den Strafantrag stellen. Dies widerspricht nicht dem Prinzip der Unteilbarkeit des Antrages[21]), denn dieses schliesst nur aus, dass jemand sich willkürlich auf die Antragstellung gegen einen oder den anderen der Beteiligten beschränke. Die Meinung, dass die Frist bezüglich aller Beteiligten durch die Kenntnis von der Mitwirkung eines derselben in Lauf gesetzt werde[22]), beschränkt den Antragsberechtigten in seiner Entschliessung in einer dem Sinne des Antragrechts zuwiderlaufenden Weise. Konsequent durchgeführt würde überdies diese Ansicht zur Folge haben, dass in jedem Falle eines Antragsdelikts das Gericht feststellen müsste, ob Teilnehmer vorhanden waren (wobei Aufrollung sämtlicher materiellstrafrechtlichen Fragen unumgänglich wäre), und wann der Antragsteller von der Beteiligung des einen von ihnen die erste Kenntnis erlangt hat[23]). Die umgekehrte Meinung, dass die Frist erst zu laufen beginne, wenn der Antragsteller sämtliche Beteiligten in Erfahrung gebracht hat[24]), legt dem Antragsteller in jedem Falle der Ermittelung eines weiteren Beteiligten von neuem eine Möglichkeit anderweiter Entschliessung bezüglich der Beteiligten bei, denen gegenüber seine Entschliessung bereits im Sinne der Nichtstellung des Antrags erledigt war. Es ist auch nicht zu übersehen, dass das Prinzip der Unteilbarkeit

---

[20]) So richtig Pfizer G.S. L, 450.

[21]) Oben § 65 III.

[22]) So R.Ger.-Plenarbeschluss 1884; E. IX, 390; v. Liszt § 45 Anm. 10; Frank VIII 3 zu § 61; Olshausen 2b zu § 63; Geyer, Grundr. I, 210; Reber, Antragsdelikte 470; Köhler 80, 85.

[23]) Vgl. auch Pfizer G.S. L, 440 ff., der auch auf die Unzuträglichkeiten hinweist, die die hier bekämpfte Auffassung für das Privatklageverfahren hat.

[24]) So Binding I, 639; H. Meyer § 43 bei Anm. 44; Oppenhoff 31 zu § 61; R. I, 614.

des Antrages als regelwidrige Singularität[25]) thunlichst einschränkend zu interpretieren ist.

4. Die Berechnung der Frist muss den allgemeinen Sätzen über Prozessfristen folgen[26]).

5. Die Bedeutung der Antragsfrist ist lediglich die, dass sie den spätesten Zeitpunkt der Antragstellung begrenzen will. Der vor dem Beginn der Dreimonatsfrist gestellte Antrag ist nicht schlechthin wirkungslos[27]), sondern erst recht beachtlich. Zwar bezieht sich an sich ein jeder Antrag nur auf die dem Antragsteller damals bekannten Thäter[28]). Erklärt aber der Antragsteller ausdrücklich, er beantrage die Bestrafung aller etwa Beteiligten, so entfesselt diese Erklärung die Strafverfolgung, auch wenn ihm damals keiner der Beteiligten bekannt war.

II. Der Antrag ist wirksame Prozessvoraussetzung nur, wenn er im Sinne des § 156 Abs. 2 St.P.O. formgerecht gestellt war[29]), d. h. er muss entweder „bei einem Gericht[30]) oder der Staatsanwaltschaft[31]) schriftlich[32]) oder zu Protokoll[33]), oder bei einer anderen Behörde[34]) schriftlich" angebracht sein. Die tief einschneidende Bedeutung des Strafantrags war im Hinblick auf die bei formloser Antragstellung

---

[25]) Oben § 65 III.

[26]) Unten § 79; dazu Binding I, 642.

[27]) Wie das R.Ger. R. I, 180, 182 und Olshausen 9d zu § 172 St.G.B. annehmen. Wie im Text Frank VIII 4 zu § 61; O.Trib. 1873, Stengleins Zeitschrift II, 233.

[28]) S. vorstehend.

[29]) Vgl. hierzu Köhler 103 ff.

[30]) Bei irgend einem, es sei zuständig oder nicht, ordentliches oder Sondergericht, Civil- oder Militärgericht; R. IX, 446; Löwe 5a zu § 156. Nur wird immer ein deutsches Gericht anzugehen sein (wenn auch ein im Auslande bestehendes). Die Verpflichtung zur Entgegennahme des Strafantrags trifft nach § 156 Abs. 1 (unten § 110) unter den Gerichten nur die Amtsgerichte. So Löwe 5a, Stenglein 5 zu § 156. (Zweifelnd Bennecke 443 Anm. 27.) Anders John II, 308; Binding, Grundr. 177.

[31]) Bei „der", d. i. der zuständigen Staatsanwaltschaft.

[32]) Sei es eigenschriftlich, sei es durch Andere mit Willen des Antragstellers. Daher ist telegraphische Anbringung des Antrages „schriftlich"; R. VI, 624; Stenglein 4 zu § 156; Bennecke 443 Anm. 30; H. Meyer § 43 bei Anm. 66. Dass die Unterschrift eigenhändig sei, verlangt Bennecke a. a. O.; dem kann nicht beigepflichtet werden.

[33]) Zu unterzeichnen braucht der Antragsteller das Protokoll nicht; denn ein unterzeichneter protokollarischer Antrag ist „schriftlich". Löwe 6, 9a zu § 156; E. II, 125; R. II, 128; Bennecke 443 Anm. 30.

[34]) D. i., wie sich im Hinblick auf § 156 Abs. 1 ergiebt, bei einer Polizei- oder Sicherheitsbehörde; selbstverständlich kann der Antrag auch bei einer beliebigen anderen Behörde eingereicht werden, aber diese ist nicht verpflichtet ihn entgegenzunehmen und weiterzureichen, und auch wenn sie dies thut, ist der Antrag perfekt erst mit dem Eingang bei einer der in § 156 Abs. 2 genannten Behörden, was namentlich für die Frist von Wichtigkeit ist. Löwe 9 zu § 156; R. X, 90; Bennecke 443 Anm. 31; Stenglein 11 zu § 156.

leicht möglichen Zweifel, ob die Strafverfolgung wirklich gewollt sei, die Veranlassung für die Aufstellung dieser Formvorschrift[35]).

Einer bestimmten Wortformel bedarf es aber nicht. Es genügt, dass der Wille, es solle Bestrafung eintreten, erkennbar ist[36]); in der Erhebung einer Privatklage, ebenso in der Erklärung des Anschlusses als Nebenkläger ist der Strafantrag enthalten[37]); dagegen wäre die blosse Mitteilung des Vorgefallenen z. B. als Zeuge nicht als Antrag aufzufassen[38]).

Die Bezeichnung der That darf keinen Zweifel darüber lassen, welche That gemeint ist. Eine Benennung des Delikts mit seinem strafrechtlich technischen Namen ist aber nicht erforderlich; *falsa demonstratio non nocet*[39]).

Über die Bezeichnung des Thäters ist oben gehandelt[40]).

## § 67.

### 3. *Zurücknahme des Antrags.*

Mit der Stellung des Antrages seitens eines der Berechtigten ist das Strafklagerecht frei geworden, sodass von da ab das Offizialprinzip ungehemmt zur Herrschaft gelangt. Der so entstandene Zustand ist grundsätzlich endgültig. Der Tod des Antragstellers ändert hieran nichts. Auch eine nachträgliche Hemmung seitens eines der Antragsberechtigten ist ausgeschlossen: Der Antrag ist nicht zurücknehmbar.

Eine Ausnahme gilt nur für die im Gesetz speziell vorgesehenen Delikte[1]), und zwar nur unter der weiteren Voraussetzung, dass zur Zeit der Rücknahmeerklärung ein auf Strafe lautendes Urteil noch nicht ergangen ist[2]), St.G.B. § 64[3]).

---

[35]) Protok. 887, Kommissionsberatung 36, Löwe 4 zu § 156.

[36]) Bennecke 442 Anm. 25; Frank § 61 Bem. VI; Binding I, 655; John II, 310; Olshausen 38 zu § 61; R. VII, 259; E. XII, 173; Löwe 12 zu § 156; Stenglein 12 zu § 156; H. Meyer § 43 bei Anm. 55. Abweichend v. Bar G.A. XIX, 647.

[37]) E. VIII, 207; R. X, 606; Frank § 61 Bem. VI 1; Bennecke 442 Anm. 25; Löwe 12 zu § 156.

[38]) Merkel, Lehrb., 241.

[39]) R. III, 130, II, 434; E. V, 97; Frank § 61 Bem. VI 2.

[40]) S. 230—231, 235.

[1]) St.G.B. §§ 102—104, 194, 232, 247, 263, 292, 303, 370[5], [6]; dazu kommen einzelne Fälle in den Nebengesetzen.

[2]) D. h., dass dieses Urteil noch nicht voll zu Ende verkündet ist, vgl. unten § 95. Ebenso Olshausen 5 zu § 64. A. M. Dochow H.H. IV, 282; Binding I, 649; H. Meyer § 43 bei Anm. 79, welche den Beginn der Verkündung massgebend sein lassen wollen.

[3]) Vgl. dazu E. II, 420.

Die Rücknahmeerklärung (— ihrem Wesen nach Widerruf des durch den Antrag erklärten Verzichts auf Hemmung der Verfolgung —) steht demjenigen Berechtigten zu, von dem oder für den der betreffende Antrag gestellt war, falls er zur Zeit der Rücknahme antragsfähig ist, anderenfalls seinem derzeitigen Vertreter bezw. Organ[4]). Auch hier wird die Scheidung von Antragrecht und Antragstellungsvertretung wichtig.

Ist derjenige Berechtigte, von dem oder für den der Antrag gestellt war, inzwischen verstorben, so ist eine Rücknahme unmöglich geworden[5]).

Wird der Antrag von einem oder für einen der mehreren Berechtigten zurückgenommen, so bleibt gleichwohl das Verfahren in Kraft, wenn ausserdem ein Strafantrag eines anderen Berechtigten vorliegt. Dies desshalb, weil ja der Antrag eines Berechtigten zur Verfolgung genügt[6]).

Die Zurücknahme ist ebenso, wie die Antragstellung, unteilbar. St.G.B. § 64 Abs. 2. Nur bei Körperverletzung und Sachbeschädigung wird der Grundsatz der Unteilbarkeit des Antrags durchbrochen, insofern hier die Zurücknahme zulässig ist, insoweit sich der Antrag gegen einen Angehörigen richtet (St.G.B. §§ 232, 303)[7]).

Bei relativen Antragsdelikten berührt die Zurücknahme des Antrages die Strafverfolgung derjenigen Thäter natürlich gar nicht, bezüglich deren ein Antrag überhaupt nicht erforderlich war. Es ist aber nicht richtig, dies als Ausnahme von der Unteilbarkeit der Rücknahme zu bezeichnen[8]).

Die Zurücknahmeerklärung wird perfekt erst durch Eingang bei der z. Z. mit der Sache befassten Behörde, also nach Eröffnung des Hauptverfahrens mit dem Eingang bei dem Gericht, bei dem die Sache schwebt[9]).

---

[4]) Der 18 Jahre Alte kann daher den für ihn von seinem Vormunde gestellten Antrag zurücknehmen, nicht aber den vom Vormunde *suo jure* gestellten. Meist wird zwischen den beiden Fällen nicht unterschieden, z. B. R.G. E. XXII, 256; v. Liszt § 45 Anm. 13; Köhler 150; H. Meyer § 43 bei Anm. 84. Der Landrat kann den von seinem Vorgänger wegen Beleidigung eines Gendarmen gestellten Antrag zurücknehmen, nicht aber den von dem Gendarmen selbst gestellten.

[5]) Ebenso Frank II 1 zu § 64; H. Meyer § 43 Text nach Anm. 85.

[6]) Oben § 65 bei Anm. 22.

[7]) So die H.M., besonders Olshausen 18 zu § 64, 4 I zu § 232; Binding I, 648; Frank IV 2 zu § 64. Dagegen will Köhler 154 die §§ 232, 303 so interpretieren, dass der Angehörige zwar rücknahmeberechtigt sei, aber seine Rücknahmeerklärung unteilbar sei.

[8]) Wie z. B. Frank IV 1 zu § 64 thut.

[9]) Olshausen 9 zu § 64. A. M. Frank II 4 zu § 64.



An eine Form gebunden ist die Zurücknahme nicht[10]).

Ist der Antrag vermittelst Erhebung einer Privatklage gestellt[11]), so ist es *quaestio facti*, ob die Zurücknahme der Privatklage gleichzeitig als Zurücknahme des Antrags gemeint ist[12]).

## § 68.

### II. Das Anklageformprinzip.[1])

I. Das Strafklagerecht kann in verschiedener Form geltend gemacht werden.

1. Insoweit Anklageprinzip gilt, ist freilich die Form von selbst gegeben: es tritt der strafklageberechtigte Private als Kläger vor dem Gericht gegen den Beschuldigten auf, der Prozess ist „Rechtsstreit": Anklage-(Accusations-)form; Anklageprozess.

2. Insoweit dagegen Offizialprinzip gilt, ist denkbar,

a) dass auch hier der Prozess in Anklageform sich abspielt, indem der Staat selbst als Kläger, also Partei, sich selbst als Unparteiischen durch die Gerichte anruft; aber auch

b) dass die staatliche Funktion der Ausübung des Strafklagerechts in die Hand des Gerichts selbst gelegt wird: Inquisitionsprinzip, (Ermittelungsprinzip, Untersuchungsprinzip) „Verfolgung (Untersuchung) von richterlichen Amts wegen"; Inquisitionsprozess.

Das historisch Ältere (ad 2) ist das Inquisitionsprinzip. Das letztere wurde ursprünglich sogar mit dem Offizialprinzip geradezu identifiziert[2]). Aber die Vereinigung des Strafverfolgungsamts mit dem Richteramt in einer Hand führte zu zahlreichen Unzuträglichkeiten, die namentlich im gemeinrechtlichen Inquisitionsprozess hervortraten. Der Richter, der selbst den Prozess zuvor in der Richtung *contra reum* betrieben hatte, ja sogar der Richter, der im allgemeinen Strafverfolgungsfunktionen

---

[10]) R. V, 62; E. VIII, 79; Bennecke 443—444; Frank II 3 zu § 64; John II, 316. A. M. Rüdorff-Stenglein Bem. 5 zu § 64.

[11]) Oben S. 237.

[12]) Vgl. hierüber Frank II 2 zu § 64; Olshausen 21 zu § 64; Köhler 160 und unten § 143 I.

[1]) Vgl. Heinze G. XXIV, 300 ff.

[2]) Das Inquisitionsprinzip wird noch heute mitunter mit dem Offizialprinzip, das Anklageformprinzip mit dem Anklageprinzip (Dispositionsprinzip) identifiziert. So z. B. auch Bennecke in der 1. Auflage. Es handelt sich aber um ganz verschiedene Probleme. Anklageform- und Inquisitionsprinzip sind blosse „Gestaltungs- oder Organisationsprinzipien". So besonders Zachariä I, 38 ff.; Heinze G. XXIV, 265 ff.; Birkmeyer 65, 133 und Zeitschrift für Civilprozess VII, 1 ff.; Planck I, 196 Anm. 2.; R. Schmidt, Staatsanwalt und Privatkläger 5.

hatte, mochte er auch im konkreten Prozess nicht in diesem Sinne thätig gewesen sein, ermangelte der vollen Unparteilichkeit[3]).

Es wurde deshalb namentlich seit Beginn des 19. Jahrhunderts immer dringender die Trennung der Anklagefunktion von der Richterfunktion, die „Reinerhaltung des Richteramts", gefordert. Dieser Forderung wurde schliesslich um die Mitte des 19. Jahrhunderts dadurch Rechnung getragen, dass partikularrechtlich das französischrechtliche Institut der Staatsanwaltschaft (*ministère public*)[4]) recipiert wurde[5]). Damit war unter Beibehaltung des Offizialprinzips die Anklageform eingeführt. Die Reichsgesetzgebung schloss sich dieser Regelung an.

Eine volle Ausnahme bildet der konsulargerichtliche Prozess nach Reichsgesetz vom 10. Juli 1879 § 24[6]). Aber auch der Prozess vor den einheimischen Gerichten ist, wie sich im folgenden zeigen wird, mit zahlreichen inquisitorischen Elementen durchsetzt, die dem Anklageformprinzipe Abbruch thun.

II. Das Anklageformprinzip entspricht dem civilprozessualen Dispositionsprinzip: die Verfügung über den Prozess und die einzelnen Stücke desselben gebührt den Parteien, so jedoch, dass im Strafprozess der Kläger die überwiegende Stellung einnimmt; sie gebührt nicht dem Richter. Ausflüsse des Grundsatzes sind:

1. Wo kein Kläger, da kein Richter (Glosse z. Ssp. I 62 § 1); *judex ne procedat ex officio*. Das Gericht kann nicht *ex officio* einschreiten, sondern nur auf Grund des Verlangens des Strafklageberechtigten; letzteres ist Prozessvoraussetzung[7]).

Das heutige Recht drückt diesen wichtigen Grundsatz wie folgt aus:

> „Die Eröffnung einer gerichtlichen Untersuchung ist durch die Erhebung einer Klage bedingt", § 151 St.P.O.

„Gerichtliche Untersuchung" im Sinne dieser Bestimmung ist nicht nur das Hauptverfahren, sondern schon die Voruntersuchung.

---

[3]) Vgl. namentlich v. Kries Z. IX, 7, insbes. 16; R. Schmidt, Staatsanwalt und Privatkläger 2; Glaser I, 29 ff.; Biener, Abhandlungen II, 36. Vgl. aber auch John II, 161—163.

[4]) Oben §§ 40 ff.

[5]) John II, 140 ff.

[6]) Vgl. unten § 153. Über den kolonialgerichtlichen Prozess s. ebenda II 2.

[7]) Vgl. Motive zur St.P.O. bei v. Hahn, Materialien 1, 146 ff.

„Klage“ im Sinne dieser Bestimmung, „Strafklage“, ist die Willenserklärung des Klageberechtigten[8]), dass die Strafsache an das Gericht übergehen solle, also gewissermassen eine Offerte, durch die er dem Gericht die Übernahme der Sache anbietet. Unter den Begriff der Klage fällt, wie St.P.O. § 168 ergiebt, nicht bloss die „Anklage“ im technischen Sinne, (d. i. das auf Eröffnung des Hauptverfahrens gerichtete Begehren des Klägers), sondern auch schon der blosse Antrag auf Voruntersuchung, sogenannte mittelbare Klage[9]). Die beiden Arten der Klage sind freilich nicht in vollem Umfang einander gleichwertig. Man kann den Antrag auf Voruntersuchung als „beschränkte“, die Anklage als „unbeschränkte“ Klage in dem Sinne bezeichnen, dass der erstere dem Gericht lediglich die Entscheidung, ob eine Voruntersuchung stattfinden solle, nicht die Eröffnung des Hauptverfahrens und die Aburteilung ermöglicht, während die Anklage eine Offerte der Sache in vollem Umfange an das Gericht enthält.

Dem Anklageform-Grundsatze gemäss ist bei Mehrheit der Thäter oder Verbrechensmehrheit das Gericht nur gegen denjenigen Thäter und nur wegen derjenigen That zu prozedieren in der Lage, der bezw. die in der Klage genannt ist.

Ist daher z. B. die (öffentliche oder Privat-) Klage nur gegen A erhoben und es stellt sich in der Hauptverhandlung ein Retorsionskonnex im Sinne der §§ 199, 233 St.G.B. heraus, so kann das Gericht zwar in der Richtung gegen A die Kompensation vollziehen, ihn also geringer bestrafen oder für straffrei erklären, in der Richtung gegen den Retorsionsgegner dagegen muss es sich einer Entscheidung enthalten.

Ist ferner ein Strafantrag gegen mehrere Beteiligte gestellt worden, und hat der Kläger doch nur einen der Beschuldigten herausgegriffen, so ist das Gericht nur über diesen Einen zu judizieren in der Lage[10]). Der Grundgedanke, auf den die Unteilbarkeit der Strafbarkeit zurückgeht, würde freilich verlangen, dass auch die Klage unteilbar wäre. Dies liegt aber nicht im Sinne der St.P.O.[11]). Es giebt im Strafprozess keine notwendige Streitgenossenschaft[12]).

---

[8]) Also je nachdem eine Willenserklärung des Staates (Staatsklage oder öffentliche Klage, *action publique*), oder eine solche des Privaten (Privatklage), oben § 62.

[9]) Binding Grdr. 182 und Bennecke sprechen auch von dem Antrage auf Voruntersuchung als von einer „Anklage“. Das entspricht nicht der gesetzlichen Terminologie und leistet Missverständnissen Vorschub. Angesichts der Terminologie der St.P.O. wäre es übrigens richtiger, von „Klageformprinzip“ zu sprechen; der Ausdruck „Anklageformprinzip“ ist jedoch der hergebrachte.

[10]) Unzutreffend Kiehl G.A. XXXIV, 61, der die Klage gegen den Einen genügen lässt zum gerichtlichen Vorgehen gegen alle Beteiligten. Richtig Stenglein 6 zu § 423; Köhler, Lehre vom Strafantrag 123; Bennecke 467 Anm. 19.

[11]) Frank II 2 zu § 63; Köhler, Lehre vom Strafantrag 122.

[12]) Vgl. auch unten § 111.

Ob übrigens die Willenserklärung des Klägers in Form der regelrechten „Klage“ oder, wo das Gesetz diese strenge Form nicht verlangt, in Form eines einfachen Antrages, wie im Falle des § 265 St.P.O. erfolgt, ist für das Anklageformprinzip gleichgültig[13]).

Keine Ausnahme von dem Anklageformprinzip stellt die Thätigkeit des Amtsrichters im Ermittelungsverfahren (insbesondere St.P.O. §§ 163, 164) dar. Der Amtsrichter nimmt diese Handlungen nur als Gehülfe der Staatsanwaltschaft vor, *arg.* § 165 StP.O., und seine Thätigkeit fällt nicht unter den technischen Begriff der „gerichtlichen Untersuchung“.

Auch die Voruntersuchung bildet keine Ausnahme vom Anklageformprinzip[14]), denn sie kann ja nur auf „Klage“ hin stattfinden[15]).

Wohl aber durchbricht das Klageprüfungsverfahren[16]) nach §§ 169 ff. St.P.O. den Anklagegrundsatz[17]). Denn hier verfügt darüber, dass Prozess stattfinden sölle, das Gericht, und die Staatsanwaltschaft handelt in Folge des Gerichtsbeschlusses unfrei. Formell ist freilich auch hier der Anklagegrundsatz aufrecht erhalten: Der Gerichtsbeschluss hat nicht den Inhalt und die Kraft, sofort den Prozess einzuleiten; die staatsanwaltschaftliche Klage bleibt auch hier notwendig, damit das Gericht den Straffall aburteilen könne.

Die Bedeutung der Klageerhebung ist die, dass mit der in der Klage bezeichneten That der daselbst bezeichneten Person (St.P.O. § 153) fortan das Gericht befasst ist: Die Strafsache ist jetzt „rechtshängig“ (= gerichtshängig), das Gericht hat nunmehr die ihm vorher verschlossene Möglichkeit, in der Sache thätig zu werden, und muss sich dieser Aufgabe unterziehen[18]).

Dagegen hat die Klageerhebung nicht die Bedeutung, dass der Kläger durch sie unwiderruflich die Verfügung über den Fortgang des Prozesses aus der Hand gäbe, dass er aufhörte, *dominus litis* zu sein[19]).

---

[13]) Unrichtig Dalcke, Fragestellung, 2. Aufl. 87 bei Anm. 49, der unter Bezugnahme auf die Verhandlungen in der Reichstagskommission die Vorschrift des § 265 als einen Bruch mit dem Anklage(form)prinzip bezeichnet. Richtig Löwe Anm. 1 zu § 265; E. XXIII, 36.

[14]) A. M. Bennecke 396.

[15]) Dass der Untersuchungsrichter selbstthätig die Stoffsammlung vornimmt, schlägt in das Instructionsprinzip ein, das vom Inquisitionsprinzip getrennt werden muss, unten § 69 Anm. 3.

[16]) Unten § 112.

[17]) Ebenso Ullmann 211 Anm. 2; W. Mittermaier, Parteistellung der Staatsanwaltschaft 143 f. A. M. R. Schmidt, Staatsanw. u. Privkl. 53; H. Meyer, Parteien im Strafprozess 14; Krit. Vjschr 3. F. V. 113 ff. — Eine andere Frage ist, ob diese Einrichtung zu billigen ist. Hierüber vgl. die zutreffenden Ausführungen bei R. Schmidt, auch H. Meyer a. a. O.

[18]) Vgl. des weiteren unten § 111.

Noch kann er — bis zu der nachstehend 2 bezeichneten Grenze — die Klage zurücknehmen, und damit erlischt die Rechtshängigkeit.

2. Nicht allein für den Eintritt des Gerichts in das Prozessverhältnis, sondern auch für die Weiterentwickelung des Prozesses müsste nach dem Anklageformprinzip der Kläger als die treibende Kraft konstruiert sein, den Prozessbetrieb haben, und dementsprechend auch dauernd *dominus litis* bleiben, sodass er durch Zurücknahme der Klage dem Gericht jederzeit die Möglichkeit einer weiteren Thätigkeit aus der Hand nehmen könnte.

Das heutige deutsche Recht verlässt aber das Anklageformprinzip in dieser Hinsicht. Zwar behält der Kläger durch den ganzen Prozess hindurch die Befugnis, auf Fortführung des Prozesses zu dringen, aber

a) auch ohne und gegen den Willen der Parteien ist das Gericht zur Fortführung des Prozesses befugt, und

b) eine Zurücknahme der Klage durch den Kläger ist nur beschränkt zulässig. Es kann nämlich die Privatklage nur bis zur Verkündung des Urteils erster Instanz und, soweit zulässige Berufung eingelegt ist, bis zur Verkündung des Urteils zweiter Instanz zurückgenommen werden, St.P.O. § 431. Noch früher tritt die Unzurücknehmbarkeit der öffentlichen Klage ein, nämlich schon mit der Eröffnung der gerichtlichen Untersuchung, St.P.O. § 154[20]), d. h. also mit der Eröffnung des Hauptverfahrens, oder auch schon mit der Eröffnung der Voruntersuchung, insoweit eine solche vorangegangen ist[21]). Das Gericht hat gewissermassen durch die Erklärung, dass es die Untersuchung eröffne, die klägerische Offerte angenommen und damit den Widerruf der Offerte unmöglich gemacht. Das Gesetz ist hierbei von der freilich anfechtbaren Vorstellung ausgegangen, dass, wenn die Sache erst einmal soweit gediehen sei, es im Interesse des Beschuldigten liege, dass über sein Geschick das Gericht befinde, und nicht die Angelegenheit durch Klagerücknahme ohne Sang und Klang erledigt werde.

Eine besonders wichtige Konsequenz ist die, dass nach stattgehabter Voruntersuchung (im Gegensatz zum blossen vorbereitenden Verfahren) die Staatsanwaltschaft nicht mehr in der Lage ist, das Verfahren einstellen zu können, sondern unter allen Umständen eine

---

[19]) Unrichtig John II, 201; dagegen mit Recht Bennecke 468 Anm. 28.
[20]) Anders im österreichischen Strafprozess, John II, 149 ff.
[21]) Eine Besonderheit giebt § 451 St.P.O., vgl. unten § 147.

gerichtliche Entscheidung über das weitere Schicksal des Prozesses erwirken muss[22]).

3. An sich müsste die Accusationsform ferner dahin führen, dass das Gericht auch abgesehen von 1 und 2 Angriffs- und Verteidigungshandlungen lediglich von Seiten der Parteien zu erwarten hätte, sodass es auch im Strafprozess heissen müsste: *Judex ne eat ultra petita partium.*

Auch in dieser Hinsicht verlässt aber die St.P.O. das Prinzip. Das Gericht ist von den Parteianträgen grundsätzlich unabhängig. Es kann, wenn es einmal mit der Sache befasst ist, ein Urteil fällen oder eine Verhandlung aussetzen, einen Verteidiger bestellen u. s. w., ohne dass die Parteien darauf angetragen haben; es kann, wenn Anträge gestellt sind, inhaltlich über das Begehren hinausgehen, z. B. das Hauptverfahren eröffnen, während der Staatsanwalt Einstellung beantragt hatte, den Angeklagten verurteilen, während der Staatsanwalt Freisprechung beantragt hatte, oder in der erkannten Strafe über das vom Staatsanwalt beantragte Strafmass hinausgehen[23]), umgekehrt freisprechen, während der Angeklagte die Verteidigung unterlassen oder seine Verurteilung erbeten oder seine Schuld „anerkannt“ hatte.

Nur ausnahmsweise bedarf es für die den Prozess fortführende Thätigkeit der Gerichte eines anregenden Parteiantrages; das gilt namentlich für die Beschlussfassung über Eröffnung oder Nichteröffnung des Hauptverfahrens[24]), für die Gewährung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand u. s. w., ganz besonders aber für den Eintritt des Prozesses in eine Rechtsmittelinstanz.

Und ebenfalls nur ausnahmsweise bestimmen oder begrenzen die Parteianträge den Inhalt der gerichtlichen Entscheidungen: ersteres gilt z. B. für die Anträge auf Bestellung eines Verteidigers in den

---

[22]) Hierüber s. das Genauere unten §§ 118, 112.

[23]) Anders in England, vgl. Heinze G.A. XXIV, 303.

[24]) Insoweit die Klage in Gestalt der Anklage erhoben ist, bringt das im Text Gesagte nichts Neues gegen oben 1. Wohl aber wird das hier Gesagte bedeutsam im Falle die Klage nur als Antrag auf Voruntersuchung erhoben war. Alsdann ist nach durchgeführter Voruntersuchung das Gericht ohne Antrag der Staatsanwaltschaft nicht in der Lage, über das Hauptverfahren positiv oder negativ Beschluss zu fassen, die Staatsanwaltschaft muss erst wieder die Sache mit einem irgendwie gearteten Antrage dem Gericht zur Entschliessung über das Hauptverfahren unterbreitet haben.

Fällen der bedingt notwendigen Verteidigung (St.P.O. § 140 ²), für die Anträge auf nichtöffentliche Verhandlung über den Ausschluss der Öffentlichkeit (G.V.G. § 175); letzteres für die Rechtsmittelanträge, deren Ausdehnung dem Rechtsmittelgericht die Grenze zieht.

III. Der Inquisitionsprozess wurde der Stellung des Beschuldigten als eines verteidigungsberechtigten Subjekts nicht völlig gerecht. Zwar war es nicht richtig, wenn in der Theorie, wie vielfach geschah, behauptet wurde, der Inquisitionsprozess behandle mit begrifflicher Notwendigkeit den Beschuldigten nur als Inquisitionsobjekt, welches keine anderen Rechte habe, als „die ihm die Billigkeit der Vorgesetzten einräume“, welches geständnispflichtig sei u. s. w.[25]). Der historische Inquisitionsprozess zeigt die Unrichtigkeit dieser Auffassung[26]). Aber da der Richter selbst der angreifende Teil war, so war in der That die Lage des Beschuldigten stark verkümmert.

Unter der Herrschaft des Anklageformprinzips dagegen wird der Strafprozess zum Rechtsstreit, zum Parteiprozess[27]). Parteien sind der Strafverfolgungsberechtigte (Strafklageberechtigte) als Kläger und der strafrechtlich Verfolgte als Beklagter[28]). Man gelangt hiernach zu einem andern Parteibegriff, als dem sogenannten materiellen Parteibegriff, der oben § 36 von Bennecke zu Grunde gelegt wird: zu dem sogenannten formellen Parteibegriff, der sich keineswegs mit jenem deckt: materiell

[25]) Biener a. a O. 36.

[26]) v. Kries Z. IX. 28.

[27]) Dagegen: John II, 185; Bierling Z. X, 310. Wie im Text: Birkmeyer 293. Vgl. Süss, Stellung der Parteien (1898), I, 113.

[28]) Diese Auffassung wird namentlich bekämpft von H. Meyer (Die Parteien im Strafprozess [1889] insbesondere 10 ff. und Krit. Vjschr. 3 F. V, 99 ff., insbesondere 131 ff.), der die Gegenüberstellung der winzigen Person des Angeklagten als Partei gegenüber dem allmächtigen Staate für eine schiefe Konstruktion erklärt und vielmehr Anklageorgan und Verteidigungsorgan einander als Parteien gegenüberstellt. Aber solche Konstruktion findet sich auch im Verwaltungsprozess, und sie liegt auch dem positiven Strafprozess der Gegenwart zu Grunde, wie H. Meyer selbst Krit. Vjschr. a. a. O. 131 anerkennt. Gegen Meyer vgl. auch v. Kries 219 Anm. 2: W. Mittermaier, Parteistellung der Staatsanwaltschaft 74; Süss, Stellung der Parteien 114. Eine andere Frage ist die, ob nicht *de lege ferenda* der Anklageprozess noch weiterer Vervollkommnung fähig ist. H. Meyer fordert die Einrichtung einer behördlichen mit der Staatsanwaltschaft gleichberechtigten Verteidigung, so zwar, dass alsdann die Staatsanwaltschaft lediglich auf Angriff, die Verteidigung auf Abwehr, das Gericht auf Entscheidung beschränkt sein soll. In der That wird diese Gestaltung der Gesetzgebung in Zukunft als Ideal vorschweben müssen. Doch würden auch bei solcher Prozessgestaltung Staat und Beschuldigter die Parteien bleiben und die Staatsanwaltschaft würde nach wie vor sich auf den objektiven Standpunkt stellen müssen, da nur dann von ihr das Staatsinteresse richtig gewahrt wird.

ist als Kläger Partei, um wessen Anspruch es sich handelt, formell, wer das Strafverfolgungsrecht hat (z. B. in einem in Breslau schwebenden Diebstahlsprozess ist materiell Partei das Deutsche Reich, formell der Preussische Staat; in einer Privatklagesache materiell Partei das Deutsche Reich, formell der Privatkläger[29])).

In der Civilprozesswissenschaft ist neuerdings die Berechtigung des einen oder anderen Parteibegriffs sehr bestritten. Es wird den Vorkämpfern des formellen Parteibegriffs[30]) zuzugeben sein, dass im Civilprozess und noch viel mehr — wie soeben gezeigt — im Strafprozess der formelle Parteibegriff sich geltend macht. Freilich darf nicht übersehen werden, dass der formelle Parteibegriff für sich allein inhaltleer ist. Er ist eine abgeleitete Bildung: er basiert auf dem materiellen Parteibegriff, was sich darin zeigt, dass normaler Weise strafverfolgungsberechtigt nur derjenige ist, um dessen Strafansprüche es sich handelt, sodass Abweichungen sich als Ausnahmen darstellen[31]), die freilich im Strafprozess für die klägerische Seite einen sehr breiten Raum einnehmen. Definiert man den formellen Parteibegriff lediglich aus sich selbst heraus dahin, dass Partei sei *is qui rem in judicium deducit*, und *is, contra quem res in judicium deducitur*, so gelangt man überdies zu dem Ergebnis, dass der Staatsanwalt Partei ist[32]), eine Auffassung, die Bennecke mit Recht ablehnt[33]).

Wenn Ötker[34]) gegen den materiellen Parteibegriff geltend macht, dass er zu der Konstruktion der gesetzlichen Vertretung Prozessfähiger führe, so ist dies keine *deductio ad absurdum*, denn das geltende Recht kennt zweifellos solche gesetzliche Vertretung Prozessfähiger, vgl. N.C.P.O. § 53, preuss. A.C.P.O. § 3.

Unter diesen Umständen behält das oben § 36 von Bennecke Ausgeführte an sich prinzipiell seine grundlegende Gültigkeit. Nur ist das dort Gesagte nicht immer das letzte Wort, sondern gilt nur insoweit, als nicht der Formalparteibegriff den materiellen Parteibegriff verdrängt.

---

[29]) Bennecke 630 fasst den Privatkläger als Vertreter des Staates auf. Ebenso wohl Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 240. Dagegen Ötker 605, 628.

[30]) Insbesondere Ötker 605, Jur. L.Bl. II, 188; VIII, 101, Konkursrechtl. Grundbegr. I, 316; Birkmeyer 294; vgl. schon Heinze G.A. XXIV, 268.

[31]) Oben § 62 II.

[32]) So folgerecht z. B. Heinze a. a. O. 268, Birkmeyer 295, W. Mittermaier Parteistellung der Staatsanwaltschaft, passim.

[33]) Oben S. 111.

[34]) Jur. L.Bl. VIII, 102.

## § 69.

### III. Das Instruktionsprinzip.

I. Das heutige deutsche Civilprozessrecht gesellt dem Dispositionsprinzip, wonach die Parteien über Beginn und Fortgang des Prozesses verfügen, die Verhandlungsmaxime zu, derzufolge auch die Verfügung über den Prozessstoff in den Händen der Parteien liegt, so, dass das Gericht Thatsachen und Beweismittel, die von den Parteien nicht vorgebracht worden sind, nicht berücksichtigen darf: *Judex secundum allegata et probata a partibus judicare debet*[1]).

Die Verhandlungsmaxime führt sonach zu dem sogenannten formellen Wahrheitserforschungsprinzip, insofern die Parteien dem Gericht wahre Thatsachen vorenthalten, unwahre zur Berücksichtigung aufnötigen können.

II. Auch für den Strafprozess ist die Verhandlungsmaxime nicht undenkbar; sie herrscht z. B. in England. Das deutsche Reichsrecht aber hat sich mit Recht auf den gegenteiligen Standpunkt gestellt[2]), der (im Anschluss an eine bereits übliche Ausdrucksweise) als der Standpunkt des Instruktionsprinzips bezeichnet werden kann, da das Gericht die Belehrung über die Sachlage nicht aus der Hand der Parteien empfängt, sondern sich selbstthätig darüber instruiert.[3]).

---

[1]) Der Ausdruck „Verhandlungsmaxime" (bekanntlich von Gönner herrührend), ist hergebracht, aber wenig empfehlenswert, weil farblos.

[2]) Was Facilides G.S. L, 401 ff. als die „strafprozessuale Verhandlungsmaxime" bezeichnet, ist etwas anderes. Er hält sich an den Wortsinn, indem er das Prinzip feststellt, dass eine Verhandlung zwischen den Parteien vor dem Richter stattfindet. Damit ist aber, wie seine eigenen Ausführungen zeigen, nichts gewonnen. Die Frage bleibt immer, wie verhandelt werden soll.

[3]) Regelmässig wird in der Literatur verkannt, dass die Frage nach der Verfügung über den Prozessstoff ein selbständiges Problem enthält. Hergebrachtermassen wird die Verhandlungsmaxime als gleichbedeutend mit dem Accusationsformprinzip aufgefasst, sodass dann natürlich die positivrechtlichen Ausflüsse des Instruktionsprinzips als Regelwidrigkeiten erscheinen, als Fälle, in denen ausnahmsweise die Inquisitionsmaxime zu Worte komme. Vgl. z. B. Planck I, 194 ff.; Glaser I, 207.

Richtig ist daran nur, dass Instruktions- und Inquisitionsprinzip einander nahe stehen, und ebenso Verhandlungsmaxime und Dispositions(Anklageform)prinzip einander die Hand reichen (oben I): die sog. Reinerhaltung des Richteramts (oben § 68 S. 240) erreicht ihren Gipfel, wenn nicht nur die Angriffsthätigkeit, sondern auch das eigene Erforschen des Sachverhalts dem Gericht aus der Hand genommen ist. Aber unbedingtes logisches Postulat ist es nicht, dass die Verfügung über Beginn und Fortgang des Prozesses mit der Verfügung über den Prozessstoff harmonieren müsse. Vgl. auch R. Schmidt, Staatsanwalt und Privatkläger 6.

Auch das Offizialprinzip hat mit der Instruktionsmaxime nichts zu thun. Nach dem ersteren ist die Erforschung des Sachverhalts zwar Staatssache, aber nicht

Dementsprechend gilt im heutigen deutschen Strafprozess das Prinzip der materiellen Wahrheitserforschung, das auch der Natur des Strafprozesses am besten entspricht[4]). Würde der Richter sich mit „formeller" Wahrheit begnügen müssen, so würde damit der Möglichkeit stark Vorschub geleistet sein, dass ein Unschuldiger verurteilt, oder ein Schuldiger freigesprochen würde. Jede Beschränkung in den Erkenntnisquellen ist deshalb für den Strafprozess grundsätzlich zu verwerfen. Dementsprechend kann das Gericht von sich aus frei den Fall nach allen Richtungen hin aufklären, ohne in thatsächlicher oder juristischer Hinsicht beschränkt zu sein. Insonderheit ist das Geständnis des Beschuldigten für das Gericht nicht bindend. Auf der anderen Seite steckt der klägerische Angriff mit den ihn begleitenden Behauptungen nicht, wie der Klagevortrag im Civilprozess, das Feld derart ab, dass das Gericht nur die Richtigkeit dieser Behauptungen zu prüfen hätte. Die klägerische Beschuldigung ist immer nur hypothetisches und wandelbares *thema probandum*[5]).

Das Prinzip bedingt weiter insbesondere, dass die Parteien dem Gericht nicht die Möglichkeit verschränken können, sich über erhebliche Punkte aufzuklären: der Verzicht einer oder beider Parteien auf ein Beweismittel hindert das Gericht nicht, dieses trotzdem zu benutzen[6]). Aber auch das Gericht selbst darf sich nicht willkürlich in der Beweiserhebung beschränken. Es darf keine Beweiserhebung unterlassen, die möglicherweise Aufklärung über einen erheblichen Punkt bringen kann[7]).

Von dem Prinzip der materiellen Wahrheitserforschung giebt es freilich auch Ausnahmen.

---

notwendig Sache des Gerichts; dem Offizialprinzip würde vielmehr auch genügt sein, wenn die Staatsanwaltschaft dasjenige Staatsorgan wäre, in dessen Hand die Verfügung über den Prozessstoff gelegt wäre. Richtig Heinze 277, IV a. E., der aber unzutreffend aus dem Offizialprinzip den Folgesatz herleiten will, dass allen Beteiligten, auch dem Staate, jede sachliche Verfügung über die für die Entscheidung erheblichen Thatsachen und die Erkenntnismittel versagt bleiben müsse. Vgl. hiergegen oben § 62 Anm. 1.

Andererseits steht, was mitunter übersehen wird, die Verhandlungsmaxime in enger, logischer Verbindung mit dem Prinzip der formellen, die Instruktionsmaxime mit dem der materiellen Wahrheitserforschung. Ähnlich, wie im Text: Birkmeyer 133 ff.

[4]) Anders im Civilprozess. Die Annahme des Instruktionsprinzips durch die Preussische A.G.O. von 1793 hat sich als ein Missgriff erwiesen.

[5]) Heinze 278 ff.

[6]) Dagegen kann umgekehrt das Bestehen der Partei auf einem Beweismittel das Gericht zur Beweiserhebung nötigen. S. St.P.O. § 244, unten § 121.

[7]) Hierüber unten §§ 84, 121.

a) Bisweilen findet das richterliche Forschen nach der Wahrheit verschlossene Thüren, ohne dass das Gericht befugt wäre, den Zugang zu erzwingen. Hierher gehören die Fälle, in denen ein Zeugnisweigerungsrecht oder ein Zeugenvernehmungsverbot besteht, überhaupt die Fälle der Beweisverbote, über die unten in der Beweislehre genauer zu handeln sein wird. Hierher gehören ferner die — *de lege ferenda* für den Strafprozess unbedingt verwerflichen — Präsumtionen.

b) Bisweilen hat das Gericht seine Forschungsthätigkeit nicht bis zur Erlangung voller Überzeugung auszudehnen, sondern sich mit vorläufiger *prima-facie*-Wahrheit zu begnügen. So bei Eröffnung des Hauptverfahrens: hierfür genügt „hinreichender Verdacht". So für die Fälle des sog. „Glaubhaftmachens"[8]). Aber ein Urteil darf das Gericht niemals auf solche unvollständige Forschung hin erlassen[9]).

## § 70.

## B. Die Prinzipien der Unmittelbarkeit[1]), Mündlichkeit und Konzentration.

I. Alle menschliche Erkenntnisthätigkeit pflegt um so verlässlicher zu sein, je näher der Forschende selbst an die zu erkennende Thatsache herangekommen ist. Deshalb muss auch das Gericht bei Feststellung des Sachverhalts sich in die denkbar innigste, unmittelbarste Beziehung zu den zu erschliessenden Thatsachen setzen[2]). Dieser sogenannte Grundsatz der Unmittelbarkeit erheischt also, wenn er voll durchgeführt wird[3]),

1. in subjektiver Hinsicht, dass das Gericht nicht durch die Augen und Ohren eines Vertreters, etwa eines ersuchten oder beauftragten Richters oder gar des Gerichtsschreibers[4]), sondern selbst

---

[8]) Unten §§ 82, 84.

[9]) Über den Grad der Überzeugung, der für Erlass eines Strafbefehls erforderlich ist, s. unten § 147 III 1.

[1]) v. Kries, Das Prinzip der Unmittelbarkeit Z. VI, 88; Rupp, Beweis im Strafverfahren, 125.

[2]) Meist wird von einem unmittelbaren Verhältnis des Gerichts zu den Beweismitteln gesprochen. Dass das nichtssagend und wertlos ist, hat v. Kries a. a. O. 97 nachgewiesen; v. Kries selbst formuliert das Problem dahin, es handle sich darum, was zum Gegenstand des Beweises gemacht werden dürfe. Das ist nicht durchsichtig genug. Überdies hängt dies mit der Anschauung zusammen, als bedeute die Mittelbarkeit notwendig das Dazwischentreten eines anderen Beweismittels zwischen das eigentlich zu benutzende Beweismittel und das Gericht (v. Kries Lehrb. 345) Das ist aber nicht erforderlich, man denke an den Fall, dass ein Gerichtsmitglied in der Hauptverhandlung über eine Zeugenvernehmung referiert. — Ähnlich wie im Text Bennecke 408, der von den Personen und Sachen spricht, die in möglichst direkter Verbindung zu den bedeutsamen Punkten stehen. Gegen v. Kries und Bennecke: Birkmeyer 54.

[3]) Inwieweit das heutige Recht dem Grundsatz folgt, wird im Nachstehenden dargelegt werden; zunächst wird hier vom geltenden Rechte abgesehen.

[4]) Vgl. R. IX, 376; E. XVIII, 186; Birkmeyer 413.

alle Wahrnehmungen mache, die der Entscheidung zu Grunde gelegt werden sollen[5]).

2. Der Grundsatz der Unmittelbarkeit bedingt ferner, in objektiver Hinsicht, dass das Gericht eine jede Thatsache wenn möglich aus der Quelle selbst schöpfe.

a) Kann das Gericht die Thatsache durch eigene Sinneswahrnehmung erschliessen, so darf es sich nicht mit einer Mitteilung einer Person über die Thatsache begnügen. Augenschein geht vor Zeugenvernehmung über die Beschaffenheit der Sache. Gleichermassen muss eine Dispositivurkunde (Wechsel, Kaufsurkunde u. s. w.) vom Gericht selbst benutzt werden, die Vernehmung etwa des Ausstellers über den Inhalt der Urkunde wäre mittelbarer Beweis. Ganz unrichtig wäre — wie sich hieraus ergiebt — die Meinung, das Unmittelbarkeitsprinzip widerstreite gänzlich der Benutzung von Urkunden im Prozess[6]).

b) Ist das Gericht zur Feststellung einer Thatsache auf die Mitteilung von Personen angewiesen, so ist auf die Mitteilung derjenigen Person zurückzugehen, die zu der festzustellenden Thatsache die vertrauteste Beziehung hat. Über Handlungen und Wahrnehmungen ist daher grundsätzlich derjenige zu vernehmen, um dessen Handlung oder Wahrnehmung es sich handelt, nicht bloss jemand, der die fragliche Thatsache nur auf Grund der Erzählung anderer kennt: Zeugen vom Hörensagen, *testes de auditu,* genügen nicht[7]).

c) Kommt es auf Bekundungen einer Person an, so ist diese vom Gericht zu vernehmen, eine schriftliche Mitteilung, berichtende Urkunde, genügt nicht[8]).

d) Lässt sich eine Thatsache im Wege des direkten Beweises feststellen, so darf sich das Gericht nicht mit Indicienbeweis begnügen[9]).

Selbstverständlich bedeutet der Grundsatz der Unmittelbarkeit nur, dass die mittelbare Thatsachenfeststellung die unmittelbare nicht verdrängen darf. Wohl aber können beide neben einander[10]) um

---

[5]) So schon CCC. Art. 72.
[6]) Vgl. aber nachstehend c).
[7]) So CCC. Art. 65; — Geyer 11, 114, 189, 729, 734.
[8]) v. Kries a. a. O. 100 (gegen Rupp, Beweis im Strafverfahren 144), 175.
[9]) Soviel ich sehe, ist dieser Punkt bisher nirgends betont.
[10]) Vgl. Rupp 135.

deswillen angezeigt oder erforderlich sein[11]), weil im konkreten Falle das der Thatsache am nächsten stehende Beweismittel als unzureichend oder unzuverlässig erscheint (z. B. ein Zeuge, dessen Handlungen in Frage stehen, ist zur Zeit dieser Handlungen angetrunken gewesen, oder gegen seine Glaubwürdigkeit walten Bedenken ob).

Im heutigen Reichsrecht ist das Unmittelbarkeitsprinzip nirgends direkt *expressis verbis* ausgesprochen. Aber die Vorgeschichte der St.P.O. ergiebt, dass es einer der brennendsten Reformwünsche gegenüber dem gemeinrechtlichen Prozess war, es solle der Richter „selbst sehen, selbst hören", d. h. also: es sollten sich zwischen ihn und das Beweisthema keine Zwischenglieder einschieben. Im Gesetz ist dann der Grundsatz wenigstens in einzelnen Anwendungen zum Ausdruck gekommen, so jedoch, dass nur die Beweiserhebung in der Hauptverhandlung dem Grundsatz untersteht. So namentlich in § 249[12]). Deshalb ist auch für das geltende Recht zunächst auszugehen von den im Anfang dieses Paragraphen entwickelten Sätzen.

Insbesondere darf sich das erkennende Gericht grundsätzlich in den zu machenden Wahrnehmungen nicht durch einen aus seiner Mitte oder einen ihm gar nicht angehörigen Richter vertreten lassen.

Ganz besonders aber darf grundsätzlich ein persönliches Beweismittel nicht durch eine dessen Aussage in sich schliessende Urkunde ersetzt werden:

> „Beruht der Beweis einer Thatsache auf der Wahrnehmung einer Person, so ist die letztere in der Hauptverhandlung zu vernehmen. Die Vernehmung darf nicht durch Verlesung des über eine frühere Vernehmung aufgenommenen Protokolls oder einer schriftlichen Erklärung ersetzt werden." (§ 249.)

Von einer unzulässigen Ersetzung des persönlichen Beweismittels durch eine Urkunde kann in Übereinstimmung mit dem oben 2a), c) Gesagten natürlich auch im Sinne des § 249 nur dann die Rede sein, wenn die Urkunde eine sogenannte „berichtende" (v. Kries) oder „schlichte Beweisurkunde" (Brunner) ist. Die Verwertung der sogenannten Dispositivurkunden wird durch das Unmittelbarkeitsprinzip nicht berührt: sie

---

[11]) v. Kries, a. a. O. 109 beanstandet diese Formulierung, er selbst formuliert 105: gegen das Prinzip werde dann nicht verstossen, wenn das anscheinend vermittelnde Beweismittel in Wirklichkeit die Aufgabe habe, eine Thatsache von selbständiger Bedeutung zu erweisen.

[12]) v. Kries Z. VI, 88; dagegen Ötker 611.

selbst verkörpern ja den Vorgang, auf den es gerade ankommt, und dieser kann deshalb gar nicht besser, unmittelbarer bewiesen werden, als durch den Urkundenbeweis[13]). Soll z. B. der Beschuldigte durch einen Brief den X beleidigt haben, so kann der Inhalt des Briefes gar nicht besser der Wahrnehmung erschlossen werden, als durch Urkundenbeweis. Die Vernehmung eines Zeugen darüber, was in dem Briefe stehe, würde ein viel matteres Bild ergeben.

Lediglich nach dem Vorausgeführten richtet sich auch die Frage, ob früher ergangene Strafurteile, Straflisten, Auszüge aus Kirchenbüchern und Personenstandsregistern als Beweismittel benutzt werden dürfen. Die Sondererwähnung dieser Urkunden in § 248 St.P.O. bedeutet nicht etwa, dass solche Urkunden schlechthin statthaft sein sollen, sondern nur, dass die Beweisaufnahme, wenn sie überhaupt statthaft ist, durch Verlesung zu erfolgen habe[14]).

Ferner muss — *arg.* § 249 Satz 1 St.P.O. — die Vernehmung von *testes de auditu* da, wo die direkte Beweiserhebung thunlich ist, für unzulässig erachtet werden[15]).

Uneingeschränkt freilich gilt der Grundsatz der Unmittelbarkeit nach der St.P.O. nicht. Er tritt zurück einmal zufolge der Erwägung, dass mitunter die mittelbare Feststellung nach Lage der Umstände ebenso sicher zum Ziele führt; sodann wegen Schwierigkeit der unmittelbaren Erhebung.

Zwar bildet es keine Durchbrechung des Grundsatzes, wenn in den Fällen, in denen es faktisch unmöglich ist, die Thatsache aus erster Hand zu empfangen, das Gericht sich mit der aus zweiter Hand geschöpften Erkenntnis begnügt; denn in solchen Fällen handelt es sich nicht um Verdrängung der unmittelbaren Feststellung durch die mittelbare, vielmehr nur um eine notgedrungene Stellvertretung, den Eintritt in eine Lücke. In diesen Fällen ist eben der Richter, wenn er aus zweiter Hand die Thatsache erschliesst (z. B. aus der

---

[13]) Vgl. hierzu die wichtigen Ausführungen von v. Kries Z. VI, 169 ff. Bennecke 542; R. I, 433, IX, 448, X, 374, 29; E. XVII, 15; XVIII, 24, XXII, 51, XXV, 94. Die Darlegungen von Rupp 170 ff. gehen zum Teil fehl.

[14]) Nicht zutreffend Rupp 184.

[15]) So v. Kries Z. VI, 95; Rupp, Bew. in Strafverf. 129 ff.; Muskat G.A. XXXVI, 281; Ullmann 473. Dagegen die H.M. und die Praxis des Reichsgerichts, z. B. E. II, 160; R. II, 644, VIII, 502; Glaser I, 447; John III, 205; Löwe 4 zu § 68; Bennecke 342, 542 Anm. 15 (wo es aber heisst: „Klar ist, dass man zum Zeugen von Hörensagen nur dann greifen wird, wenn man den Originalzeugen nicht hat").

Aussage eines *testis de auditu*), so nahe an letztere herangegangen, wie es ihm nach den Umständen möglich war: die Unmittelbarkeit ist relativ zu verstehen[16]).

So kann auch bei voller Geltung des Unmittelbarkeitsprinzips an Stelle der abhanden gekommenen Originalurkunde eine Abschrift benutzt werden; es kann an Stelle eines Zeugen, der verstorben oder nicht auffindbar ist, oder der sein Zeugnis berechtigter- oder unberechtigtermassen verweigert, ein *testis de auditu* vernommen[17]), oder eine Urkunde benutzt werden, in der der Betreffende seine Wissenschaft niedergelegt hatte (Briefe, Protokolle)[18]). Bieten sich hierbei mehrere Wege der Erforschung dar (z. B. *testis de auditu* und Urkunden), so muss natürlich wiederum derjenige Weg beschritten werden, der am nächsten an die Thatsache heranführt. Hiernach entscheidet sich die Frage, ob in den nachstehend a) und b) zu erwähnenden Fällen nur Protokollverlesung oder auch andere Beweiserhebung zulässig ist[19]).

Speziell geregelt sind in der St.P.O. folgende Fälle:

a) Tod, ausbrechende Geisteskrankheit oder Unauffindbarkeit eines persönlichen Beweismittels haben zur Folge, dass die Verlesung richterlicher Vernehmungsprotokolle aller Art über Aussagen der betreffenden Person[20]) zulässig wird[21]), St.P.O. § 250 Abs. 1 und 3.

b) Versagt einem Zeugen oder Sachverständigen das Gedächtnis, so kann auf das Protokoll über eine früher von ihm im Prozess — nicht notwendig vor dem Richter — gemachte Aussage zurückgegriffen werden, St.P.O. § 252 Abs. 1.

Ebensowenig läuft es nach dem oben S. 250 unten Gesagten dem Unmittelbarkeitsprinzip zuwider, wenn neben der *in concreto* als unzuverlässig erscheinenden unmittelbaren Thatsachenfeststellung der Weg der mittelbaren Feststellung beschritten wird[22]).

---

[16]) Ähnlich Bennecke 408: es solle „nicht unnötiger Weise" vom Originalbeweis abgegangen werden; Rupp a. a. O. 127; Geyer, Lehrbuch 11. Dagegen Ötker 611, der das Prinzip überhaupt anficht. Auch v. Kries erhebt a. a. O. 110 Einwendungen.

[17]) Rupp 137. Ganz richtig weist Bennecke 342, vgl. die daselbst in Anm. 7 Citierten, darauf hin, dass die Vernehmung eines Zeugen vom Hörensagen auf Indicienbeweis hinausläuft. Gerade dadurch in Verbindung mit oben d) gewinnt der oben ausgesprochene Satz, dass bei Wahl zwischen dem Originalzeugen und dem *testis de auditu* der erstere den Vorzug hat, seine volle Bedeutung.

[18]) Über § 251 St.P.O., der ein Beweisverbot enthält, dagegen mit Mittelbarkeit oder Unmittelbarkeit nichts zu thun hat, s. unten § 83 a. E.

[19]) Die Frage wird regelmässig nicht in dieser Weise beantwortet, vgl. Bennecke 408 Anm. 12; v. Kries Z. VI, 88; Glaser I, 477.

[20]) Vgl. v. Kries Z. VI, 128.

[21]) Für nichtrichterliche Protokolle, die in dem betr. Prozess aufgenommen sind, gilt ein Beweisverbot, unten 87 II.

[22]) Vgl. auch E. XXXI, 69.

Die St.P.O. bringt dies speziell für die persönlichen Beweismittel in §§ 252 Abs. 2, 253 Abs. 1 und 2 zum Ausdruck[23]). Nach § 253 können Erklärungen des Angeklagten, die in einem richterlichen Protokoll (sei es in derselben Strafsache oder in einer anderen aufgenommen, sei es ein Protokoll über eine verantwortliche Vernehmung oder über eine Vernehmung als Zeuge[24])) enthalten sind, zum Zwecke der Beweisaufnahme über ein Geständnis, (sei es ein totales, sei es ein partielles), § 253 Abs. 1, sowie auch dann verlesen werden, wenn ein in der Vernehmung hervorgetretener Widerspruch mit der früheren Aussage auf andere Weise ohne Unterbrechung der Hauptverhandlung nicht festgestellt oder behoben werden kann, § 253 Abs. 2[25]).

Stellt sich ein solcher Widerspruch in der Aussage eines Zeugen oder Sachverständigen heraus, so ist die Verlesung der früheren Aussage selbst dann statthaft, wenn sie in einem nichtrichterlichen Protest niedergelegt ist, St.P.O. § 252 Abs. 2.

In allen den vorgenannten Fällen lässt sich also nicht von einer Durchbrechung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes sprechen.

Wohl aber cessiert der Grundsatz der Unmittelbarkeit zunächst in subjektiver Beziehung insofern, als einzelne Beweiserhebungen[26]) durch einen ersuchten oder beauftragten Richter stattfinden können. Das ist aber nur ausserhalb der Hauptverhandlung (und zwar durch kommissarische Beweiserhebung) statthaft. Dagegen ist nirgends gestattet, dass in der Hauptverhandlung etwa der Vorsitzende allein die Wahrnehmung macht und sie dem Gerichtshof übermittelt.

Ist also z. B. eine zu benutzende Urkunde in einer fremden Sprache oder in stenographischen Schriftzeichen geschrieben, die nicht der gesamte Gerichtshof versteht, so bedarf es der Zuziehung eines Sachverständigen; der Vorsitzende allein vermag diesen nicht zu ersetzen[27]).

Noch viel weniger genügt eine solche blosse Inhaltskonstatierung durch den Vorsitzenden bei solchen Urkunden, deren einfache Verlesung thunlich ist[28]).

In objektiver Hinsicht durchbrechen folgende Ausnahmen den Unmittelbarkeitsgrundsatz:

1. Die sächlichen Beweismittel brauchen nicht selbst benutzt zu werden. Die St.P.O. verlangt nicht, dass das Gericht Augenscheins-

---

[23]) Dass diese Bestimmungen keine Ausnahmen vom Prinzip der Unmittelbarkeit sind, betonen auch v. Kries a. a. O. 108; Bennecke 546, 548.

[24]) E. IX, 88, 174, XX, 23, 174; R. IV, 427; V, 410, 538, 646; John III, 285; Bennecke 546 Anm. 32; Löwe 2 zu § 253. A. M. Rintelen 201 Anm. 4.

[25]) Auch im letzterem Falle ist nur ein richterliches Protokoll verlesbar, E. XIV, 258; Löwe 1 zu § 253; John III 284, Hellweg-Dochow 242; Bennecke 546. A. M. Stenglein 4 zu § 253.

[26]) Welche dies sind, das ergiebt sich aus dem nachstehend 1—3 Ausgeführten.

[27]) Im Ergebnis übereinstimmend Bennecke 411.

[28]) E. II, 408, XXV, 125; John III 187; v. Kries 420. A. M. E. III, 142, 162, 282, XXVI, 32, (wo freilich ein Widerspruch gegen E. XXV, 125 in Abrede gestellt wird); Birkmeyer 466. Vgl. unten § 87 IV.

objekte und Urkunden stets selbst seiner Wahrnehmung unterwerfe[29]. Es ist vielmehr statthaft, dass das Gericht sich durch einen Zeugen über die Beschaffenheit u. s. w. des fraglichen Gegenstandes unterrichten lässt; desgleichen, dass ein Protokoll eines ersuchten oder beauftragten Richters über die Beschaffenheit u. s. w. an die Stelle der eigenen Wahrnehmung tritt; ja sogar Photographien oder sonstige Abbildungen eines Gegenstandes, Abschriften (beglaubigte wie unbeglaubigte) dürfen an Stelle des Originals benutzt werden[30], so natürlich, dass hierbei gemäss § 249 St.P.O. das persönliche Zeugnis oder Gutachten einer Person nicht durch einen schriftlichen Bericht ersetzt werden kann[30a].

Selbstverständlich wird aber das Gericht den mittelbaren Beweis nur dann wählen, wenn *in concreto* keine Bedenken gegen ihn obwalten.

2. Der Zeugen- und Sachverständigenbeweis kann bisweilen durch Urkundenbeweis ersetzt werden.

a) So in dem Falle, dass dem Erscheinen eines Zeugen oder Sachverständigen in der Hauptverhandlung Krankheit oder Gebrechlichkeit oder andere nicht zu beseitigende Hindernisse entgegenstehen oder sein Erscheinen wegen grosser Entfernung besonders erschwert ist. Solchenfalls können die im Stadium der Voruntersuchung oder der Vorbereitung der Hauptverhandlung[31] gemäss §§ 191, 222 St.P.O. aufgenommenen Richterprotokolle in der Hauptverhandlung verlesen werden, St.P.O. § 250 Abs. 2, vorausgesetzt, dass das Hindernis oder Erschwernis auch derzeit noch besteht und bei der Vernehmung die gehörigen Formvorschriften, besonders § 223 St.P.O., eingehalten sind.

b) Die Landesherren und die Mitglieder der landesherrlichen Familien, sowie die Mitglieder der fürstlichen Familie Hohenzollern und des hannöverschen, des kurhessischen und des nassauischen Herrscherhauses werden nicht in der Hauptverhandlung vernommen, sondern vorher durch einen ersuchten oder beauftragten Richter. In der Hauptverhandlung wird das Vernehmungsprotokoll verlesen, St.P.O. § 71.

---

[29]) Der Satz oben I 2a ist also nicht geltenden Rechtens. Vgl. v. Kries a. a. O. 194; E. XIV, 276; R. III, 544; Löwe 4 zu § 86; John I, 718. Bennecke 377. Dagegen Birkmeyer 514.

[30]) Vgl. v. Kries a. a. O. 184.

[30a]) R. V, 479.

[31]) Unten § 119.

c) Entsprechendes gilt für den Reichskanzler und die übrigen nach § 49 St.P.O. nur beschränkt erscheinungspflichtigen Personen[32]), vorausgesetzt, dass die Hauptverhandlung nicht an dem Amtssitze bezw. an einem der sonstigen in § 49 genannten Orte erfolgt[33]).

d) Nicht notwendig ist die Vernehmung eines eine öffentliche Behörde vertretenden Beamten als Zeugen oder Sachverständigen, sofern es sich um behördliche Zeugnisse oder Gutachten handelt (mit Ausnahme von Leumundszeugnissen[34])). Ebenso bedarf es keiner Vernehmung bei Ärzten zur Herbeiführung einer Äusserung über eine „nicht schwere" Körperverletzung. In beiden Fällen genügt das zu verlesende schriftliche Zeugnis oder Gutachten, St.P.O. § 255, auch ohne Beeidigung[35]). Erforderlichenfalls wird, falls es sich um das schriftliche Gutachten einer kollegialen Fachbehörde handelt, ein Mitglied dieser Behörde zur „Vertretung" des Gutachtens herangezogen, § 255 Abs. 2 St.P.O.[36]).

e) In der Berufungsinstanz ist die Verlesung der in der erstinstanzlichen Hauptverhandlung abgegebenen Zeugen- und Sachverständigenaussagen aus dem erstinstanzlichen Hauptverhandlungsprotokoll an Stelle einer Vernehmung der Zeugen und Sachverständigen generell zulässig, vorausgesetzt, dass der betreffende Zeuge oder Sachverständige weder erneut vorgeladen worden ist (sei es von der Staatsanwaltschaft aus eigenem Antriebe, oder auf Anordnung des Vorsitzenden, sei es von dem Angeklagten im Wege der „unmittelbaren Ladung"), noch die wiederholte Vorladung von dem Angeklagten rechtzeitig vor der Hauptverhandlung beantragt war (St.P.O. § 366).

Diese Durchbrechung des Unmittelbarkeitsprinzips wird getragen von der richtigen Erwägung, dass die Hauptverhandlung erster Instanz über manche Punkte eine solche Klärung bringt, dass eine Wiederholung der unmittelbaren Beweiserhebung unnütz und zwecklos erscheint[37]). Ob freilich eine solche Klärung erzielt ist, das kann mitunter zweifelhaft sein. Sehr mit Recht gesteht deshalb das Gesetz jedem der Prozesssubjekte (Gericht, Staatsanwalt, Angeklagtem) das Recht zu, auch bei

[32]) Unten § 88.

[33]) Dabei ist nicht etwa, wie nach § 222, erforderlich, dass die Erlangung der Genehmigung der in § 49 Abs. 3 Bezeichneten unmöglich war, es genügt, dass eine solche Genehmigung nicht vorlag, Bennecke 312 Anm. 9; John I, 531; Löwe 2; Stenglein 1 zu § 49; E. XXVI, 253. A. M. Geyer 510 und H.H. I, 267; Puchelt 2; v. Schwarze 5; v. Bomhard-Koller 2 zu § 49.

[34]) Über den Leumund ist also der Leumundszeuge stets persönlich zu vernehmen. Anders M.St.G.O. § 310.

[35]) R. I, 587.

[36]) Unten § 90.

[37]) Vgl. Beling, Krit. Vjschr. 3. F. I, 420.

Widerspruch der anderen die Neuvernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen herbeizuführen [38]. Selbstverständlich wird die Verlesung der erstinstanzlichen Aussage nur dann erspriesslich und ausreichend sein, wenn das Hauptverhandlungsprotokoll als zuverlässig erscheint [39].

f) Im Verfahren gegen abwesende Wehrpflichtflüchtige basiert das Urteil des Gerichts auf einer schriftlichen Auskunft der Kontrollbehörde, St.P.O. § 475.

3. Der Beweis durch Vernehmung des Beschuldigten ist überall da durch Urkundenbeweis ersetzbar, wo das Gericht ohne Gegenwart des Beschuldigten verhandeln kann [40], insofern hier Protokolle über richterliche Vernehmungen des Beschuldigten verlesen werden können.

Dabei ist im Gesetz nirgends gesagt, dass das Gericht die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht von Jugendlichen und Taubstummen immer nur im Wege der unmittelbaren Wahrnehmung feststellen müsse. Gegen solche Personen ist daher weder eine Absenzverhandlung ausgeschlossen [41], noch der Erlass eines Strafbefehls (einer Strafverfügung, eines Strafbescheids) unzulässig [42].

4. Ganz und gar mittelbar ist die Thatsachenfeststellung in der Revisionsinstanz. Das Revisionsgericht nimmt eine eigene Erhebung der Beweise überhaupt nicht vor, sondern entnimmt die zu beurteilenden Thatsachen der Urteilsurkunde der Vorderinstanz [43].

II. Die meisten Prozesshandlungen bestehen in Worten, die eine Verständigung zwischen mehreren Personen herbeizuführen bezwecken. Diese Worte können denkbarer Weise ausgedrückt werden mündlich durch die Sprache, sodass die Verständigung durch das Gehör erfolgt — Grundsatz der Mündlichkeit —; oder durch Schrift, sodass die Verständigung durch den Gesichtssinn erfolgt, — Grundsatz der Schriftlichkeit —.

---

[38]) Anders der i. J. 1895 im Reichstag beratene Entwurf einer Novelle zur St.P.O.

[39]) Bedauerlicher Weise hat die St.P.O. das Hauptverhandlungsprotokoll jeder Kontrolle nicht allein seitens der Parteien, sondern auch seitens der Dritten, deren Aussage protokolliert wird, entzogen, sodass sein Wert oft recht problematisch ist. So richtig Binding, der Entwurf eines Gesetzes betr. Änderungen und Ergänzungen des G.V.G. und der St.P.O., (1895) 26, vgl. auch Beling, Krit. Vjschr. 3. F. I, 421.

[40]) Über diese Fälle s. unten §§ 120, 130, 142, 147—149.

[41]) Stenglein 4 zu § 231; John III. 45; Bennecke 527 Anm. 28; v. Kries 535; Kleinfeller G.S. XXXXV, 348; E. XXIV, 411, Hellweg bei Löwe 4 zu § 231. A. M. Löwe 4 zu § 231; Geyer 673; Dalcke 3 zu § 231; Binding, Grdr. 202.

[42]) Bennecke 676; Geyer 871; Glaser II, 200; v. Schwarze Erörterungen 6, Hellweg-Dochow 349; Stenglein 3 zu § 447; v. Kries 740; Binding Grdr. 204. A. M. v. Bomhard-Koller 3; Dalcke 4; Keller 4; Löwe 5; Puchelt 3 zu § 447; Meves H.H. II, 387; Fuld G.S. XXXIV, 538; Ullmann 558; Birkmeyer 768 will „ganz ausnahmsweise" (wann?) Strafbefehle gegen Jugendliche zulassen.

[43]) Unten § 133.

Die Mündlichkeit des Verfahrens fällt nicht zusammen mit der Unmittelbarkeit, die Schriftlichkeit nicht mit der Mittelbarkeit[44]). Mittelbarkeit und Unmittelbarkeit sind Stufen der Erkenntnis, Mündlichkeit und Schriftlichkeit sind Formen der Verständigung[45]). Richtig ist, dass meist mündliche Verständigung auch „unmittelbare Verständigung" ist, schriftliche Verständigung als „mittelbar" erscheint. Man kann daher allenfalls die Mündlichkeit als „Unmittelbarkeit der Verhandlung vor dem erkennenden Richter"[46]) bezeichnen. Aber es ist nicht zu übersehen, dass diese Unmittelbarkeit des Verkehrs (der Verständigung) etwas anderes ist als die oben dargestellte Unmittelbarkeit der Thatsachenerschliessung. Überdies erheischt auch die Unmittelbarkeit des Verkehrs nur „meist", aber nicht „notwendig" ein mündliches Aussprechen, sowie auch umgekehrt durchaus nicht jede mündliche Verhandlung unmittelbar ist. Die Vernehmung eines taubstummen Angeklagten durch Schrift oder Zeichen z. B. ist unmittelbar, aber nicht mündlich; ein Prozess, bei dem sich das Urteil auf dem mündlichen Vortrag eines Referenten aufbaut (etwa nach Art des erst durch die Reichs-M.St.G.O. abgelösten preussischen Militärstrafprozesses, in dem der Auditeur über den Akteninhalt referierte), ist mündlich, ohne unmittelbar zu sein.

Der gemeine Inquisitionsprozess war schriftlich. Das Urteil erging auf Grund der Akten, d. h. es kamen in Betracht nur diejenigen Erklärungen, Anträge, Aussagen u. s. w., die schriftlich vorlagen, nach dem Grundsatze: *Quod non est in actis, non est in mundo.*

Dagegen huldigt das heutige Recht dem Grundsatz der Mündlichkeit: alle im Prozess auftretenden Personen haben sich des gesprochenen Wortes zu bedienen; nur dieses, nicht Schriftstücke, sind im Prozess massgebend. Dieser Grundsatz führt von selbst dazu, dass diejenigen, die das gesprochene Wort angeht, zugegen sein müssen oder wenigstens Gelegenheit haben müssen, es zu hören. Der Prozess spielt sich sozusagen ab *inter praesentes,* nicht, wie der schriftliche Prozess, *inter absentes.* Die körperliche Vereinigung mehrerer Personen

---

[44]) In den Fehler der Identifizierung verfallen noch heute die Meisten. S. besonders Glaser I, 246 ff. Das Verdienst, die Unterschiede unwiderleglich aufgewiesen zu haben, gebührt v. Kries, Z. VI, 101. S. aber auch Rupp 143 ff., der freilich auch das Mündlichkeitsprinzip als Beweisprinzip auffasst.

[45]) Ähnlich wohl Birkmeyer 511.

[46]) So Ötker 611.

bietet aber weiter Gelegenheit dafür, dass auf die Äusserung hin eine Gegenäusserung erfolgt; mit anderen Worten: das Mündlichkeitsprinzip führt mit Notwendigkeit zu einer „Verhandlung“, d. i. einem Vorgang, der sich in Rede und Gegenrede abspielt oder wenigstens hierauf berechnet ist.

Der grosse Wert der Mündlichkeit besteht in der grösseren Regsamkeit und Frische des Eindruckes, in der Wahrscheinlichkeit, dass so die Möglichkeit von Missverständnissen zurückgedrängt wird, weil zwanglos augenblicklich eine Aufklärung über die gethanen Äusserungen möglich ist.

Dass die Mündlichkeit aber auch ihre Schattenseiten hat, wird heute häufig verkannt. Diese Schattenseiten sind in der Vergänglichkeit des gesprochenen Wortes zu finden, im Gegensatz zur Schrift, welche gegen den Einfluss der Zeit widerstandsfähiger ist. Sobald es verhallt ist, steht und fällt seine Verwertung mit dem Gedächtnis der Beteiligten. Im Zusammenhang damit steht es, dass die Mündlichkeit das Urteil des Gerichts zu einem Augenblicksprodukt macht. Der Richter, der auf Grund der Akten Recht spricht, tritt, solide durch Aktenstudium vorbereitet, an die Urteilsfindung heran, kann sich die Sache reiflich nach allen Seiten überlegen, ist jederzeit in der Lage, sich die Vorgänge durch Nachschlagen in den Akten zu vergegenwärtigen, und kann nötigenfalls seine Entscheidung, wenn er sich noch nicht klar ist, verschieben. Im mündlichen Verfahren dagegen muss der Richter ohne Verzug das Urteil finden und sich bisweilen schneller schlüssig machen, als es im Interesse der Sache liegt; er läuft Gefahr, sich zu übereilen, eine Gefahr, die um so grösser ist, als von einer nennenswerten Vorbereitung im extremen mündlichen Verfahren nicht die Rede sein kann. Dazu kommt, dass die mündliche Verhandlung leicht eine seelische Erregung im Gefolge hat, während das Aktenstudium die nüchterne Überlegung nicht raubt.

Immerhin überwiegen im Endergebnis die Vorteile der Mündlichkeit über deren Nachteile. Nur muss dringend gefordert werden, dass gegen die letzteren anderweite Kautelen geschaffen werden[47]).

Was die Tragweite des Mündlichkeitsprincips anlangt, so ist von vornherein klar, dass dieses Prinzip überall da keine Stätte hat, wo es sich nicht um Äusserungen, sondern um andere Handlungen handelt,

---

[47]) Die hervorgehobenen Mängel der Mündlichkeit sind insbesondere ein gewichtiges Argument für das Rechtsmittel der Berufung; s. unten § 129.

z. B. ist eine Augenscheinseinnahme, eine Verhaftung als solche weder „mündlich“, noch „schriftlich“. Ebenso selbstverständlich ist, dass Personen, die nicht sprechen können (Stumme), sich schriftlich oder durch Zeichen verständlich machen müssen[48]). Auch die Protokollierung des Verhandelten (unten § 107) ist an sich keine Ausnahme von dem Grundsatze der Mündlichkeit. Sie nimmt nicht dem gesprochenen Wort seine massgebliche Bedeutung, nicht auf dem Protokollierten ruht die Entscheidung, sondern die schriftliche Fixierung will grundsätzlich nur über den Zeitpunkt der Entscheidung hinaus den Nachweis des Verhandelten führen.

Die St.P.O. kennt aber auch eine Reihe von wirklichen Ausnahmen von dem Mündlichkeitsprinzip:

1. Das ganze Vorverfahren ist schriftlich. Die das Vorverfahren abschliessenden Willensentschliessungen der Staatsanwaltschaft und des Gerichts ergehen auf Grund der Akten. Zwar erfolgt regulär die Herstellung der Akten im Wege mündlicher Aussprache zwischen einer vernehmenden und einer vernommenen Person, aber

a) vorgeschrieben ist dies grundsätzlich nicht; eine Anklage kann z. B. auch erhoben werden auf Grund einer blossen schriftlich eingesandten Denunziation ohne Abhörung des Beschuldigten oder sonstiger Personen; auch kann die Staatsanwaltschaft, der Untersuchungsrichter und das Gericht sich begnügen mit Briefen der Zeugen, mit schriftlichen Gutachten der Sachverständigen (bezüglich der Sachverständigen ausdrücklich ausgesprochen in § 82 St.P.O., für die Zeugen ergiebt sich aber das Gleiche *arg. e contr.* aus § 249 St.P.O.)[49]). Nur ist für die Voruntersuchung bestimmt, dass der Angeschuldigte mündlich zu hören ist, § 190 St.P.O.;

b) auch insoweit Personen im Vorverfahren mündlich vernommen werden, bildet doch nicht die mündliche Aussage, sondern das darüber aufgenommene Protokoll die Grundlage für die Beurteilung.

2. Schriftlich sind ferner regulär auch die Kundgebungen der Entschliessung der Staatsanwaltschaft und des Gerichts über Anklage[50]), Eröffnung des Hauptverfahrens, Einstellung u. s. w. nach Abschluss des Vorverfahrens, sowie auch das Klageprüfungsverfahren.

---

[48]) G.V.G. § 188; eventuell unter Zuziehung eines Dolmetschers, auf welchen die Sätze über den eigentlichen Sprachdolmetscher (unten § 76) Anwendung finden.

[49]) Zutreffend Löwe 8 zu § 188.

[50]) Ausnahmen §§ 211, 265 St.P.O., unten § 111.

3. Auch im Hauptverfahren ist der Verkehr ausserhalb der Hauptverhandlung ein schriftlicher (Terminsansatz, Ladungen u. s. w.).

Das Mündlichkeitsprinzip beschränkt sich somit im Resultat auf die Hauptverhandlung[51]). Aber auch die Hauptverhandlung ist nicht durchaus mündlich.

1. Schon in der ersten Instanz kann in gewissem Umfange die lebendige Aussage einer Person durch eine Niederschrift der Aussage ersetzt werden[52]), immerhin so, dass eine mündliche Verlesung stattzufinden hat.

2. In der Berufungsinstanz ist die Zulässigkeit einer Protokollverlesung noch mehr erweitert[53]).

3. Die Revisionsinstanz erfordert zwar auch eine mündliche Hauptverhandlung, den zu beurteilenden Thatsachenstoff entnimmt das Gericht aber nicht dem mündlich Verhandelten, sondern der vorinstanzlichen Urteilsurkunde[54]).

4. Das Wiederaufnahmeverfahren ist eine Erneuerung der Instanz, und die Entscheidung erfolgt zwar regulär auf Grund einer — nach Massgabe des vorstehend Ausgeführten — mündlichen Hauptverhandlung; jedoch kann das Verfahren in dem besonderen Falle des § 411 St.P.O. auch ohne Hauptverhandlung, also auf Grund der Akten zum Abschluss gebracht werden.

Die Akten spielen somit auch im heutigen Recht noch eine wichtige Rolle.

III. Das Mündlichkeitsprinzip, streng durchgeführt, bedingt das auch von der St.P.O. angenommene Konzentrationsprinzip[55]). Danach muss die mündliche Verhandlung im Zusammenhange durchgeführt werden, und die Entscheidung des Gerichts sich unmittelbar anschliessen. Denn nur so, wenn überhaupt, kann das Gedächtnis des Richters der ihm durch das Mündlichkeitsprinzip gestellten Aufgabe genügen. Dass der heutige Civilprozess diese Konsequenz aus der auch dort geltenden Mündlichkeit nicht gezogen hat, die mündliche Verhandlung und die Beweisaufnahme im Civilprozess vielmehr sich

---

[51]) Ähnlich wie die C.P.O. in § 128 sagt: „Die Verhandlung der Parteien über den Rechtsstreit vor dem erkennenden Gericht ist eine mündliche".

[52]) Oben S. 255 f., 2 a)—d), S. 257, 3.

[53]) Oben S. 256 e).

[54]) Oben S. 257, 4.

[55]) S. Rupp 180, der aber zu eng bloss an die Konzentration der Beweisaufnahme denkt. Wieder anders der Sprachgebrauch Birkmeyers 559.

auf eine Reihe zeitlich auseinander liegender Termine verteilen kann, erklärt sich aus der dort geltenden Verhandlungsmaxime.

Das Konzentrationsprinzip bezieht sich seinem Wesen nach nur auf mündliches Vorbringen und auch dabei nur auf denjenigen Teil des Prozesses, in dem es auf die gedächtnismässige Festhaltung der Prozessvorgänge ankommt: auf die Hauptverhandlung der ersten und der Berufungsinstanz[56]).

1. Die Hauptverhandlung bis zum Urteil muss grundsätzlich in einem Gusse vor sich gehen. Ist sie in der Mitte abgebrochen worden, so ist eine blosse Fortsetzung (ohne Wiederholung des schon Verhandelten) nur bis einschliesslich zum 4. Tage nach der Unterbrechung statthaft (St.P.O. § 228); so lange lässt sich noch eine gedächtnismässige Festhaltung des Verhandelten erwarten. Ist diese Frist dagegen verstrichen, so ist das bisher Verhandelte unverwertbar geworden, und die Hauptverhandlung muss völlig von neuem begonnen werden (St.P.O. § 228a E.).

Eine Durchbrechung des Konzentrationsprinzips bildet in gewissem Sinne jedoch die Zulassung der sogenannten kommissarischen Beweiserhebung[57]); doch wird diese Durchbrechung einigermassen dadurch paralysiert, dass die Protokolle der kommissarischen Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung verlesen werden.

2. Aber auch nach durchgeführter Verhandlung muss die Kontinuität der letzteren mit der Urteilsfällung gewahrt bleiben. Deshalb muss das Urteil sich regelmässig sofort an den Schluss der Verhandlung anschliessen. Ausnahmsweise darf sich zwischen Verhandlung und Urteil eine Frist dazwischenschieben, die aber nie länger als 1 Woche sein darf, St.P.O. § 267[58]).

## § 71.

## C. Das Prinzip der Öffentlichkeit.

Man versteht unter Öffentlichkeit des Prozesses, genauer Volksöffentlichkeit, volkstümlicher Öffentlichkeit[1]), das Offenliegen

---

[56]) Die Revisionsinstanz ist zwar mündlich, ruht aber auf schriftlicher Grundlage und ist daher, da diese sich jederzeit durch Nachlesen in den Akten reproduzieren lässt, dem Konzentrationsprinzip nicht unterworfen. So bezüglich des unten 2 erörterten Punktes E. XXVII, 117.

[57]) Unten § 119.

[58]) Unten § 122 g. E.

[1]) Über die sogen. Parteienöffentlichkeit s. unten § 72 II 2a.

der prozessualen Vorgänge zur Wahrnehmung von Jedermann.

Der gemeinrechtliche Strafprozess war nichtöffentlich, heimlich, wiewohl auch im schriftlichen und Inquisitionsprozess Öffentlichkeit recht wohl denkbar ist. Weder hatte das Publikum Zutritt zu den Vorgängen bei Gericht (Zeugenvernehmungen u. s. w.), noch lagen etwa die Akten zur Einsicht jedermanns offen, etwa nach Art des registerrechtlichen Publizitätsprinzips (§ 9 H.G.B.).

Das Gleiche gilt von dem älteren partikularrechtlichen Prozess[2]).

Gerade die Heimlichkeit des gemeinrechtlichen (und des auf den gleichen Prinzipien aufgebauten) Prozesses aber bildete einen der Hauptgründe, weshalb dieser Prozess um die Zeit der beginnenden Reformbewegung verhasst war. In den politisch erregten Zeiten namentlich des fünften Jahrzehnts im 19. Jahrhundert trat des öfteren die Beschuldigung auf, dass die Gerichte sich besonders zu Ungunsten des Angeklagten in widerrechtlicher Weise durch politische Erwägungen hätten leiten lassen, — Beschuldigungen, die weite Kreise beunruhigen mussten und von der Heimlichkeit des Verfahrens erklärlicherweise genährt werden mussten.

Der schliesslich errungene Sieg des Mündlichkeitsprinzips war von dem Siege des Öffentlichkeitsprinzips begleitet. Die Artikel 153 und 190 des *Code d'instruction criminelle (L'instruction de chaque affaire sera publique, à peine de nullité)* fanden auch im deutschen reformierten Strafprozess Nachahmung. Für wie wichtig die Öffentlichkeit erachtet wurde, zeigt der Umstand, dass in die in Frankfurt a. M. beratene Reichsverfassung vom 28. März 1849 als § 178 die Bestimmung aufgenommen wurde: „Das Gerichtsverfahren soll öffentlich (und mündlich) sein. Ausnahmen von der Öffentlichkeit bestimmt im Interesse der Sittlichkeit das Gesetz." In der That ist die Öffentlichkeit von hohem Werte nicht sowohl für den einzelnen Prozess[3]), als vielmehr für die Güte der Rechtspflege im allgemeinen; die Öffentlichkeit ist eine

---

[2]) Nur eine scheinbare Ausnahme bildet Preuss. A.L.R. II 20, §§ 596, 597: „Ist die Beleidigung öffentlich verübt worden, so muss die Verhandlung bei offenen Thüren der Gerichtsstube erfolgen. Dem Beleidigten steht alsdann frei, 2 oder 3 Personen seines Standes als Zeugen mitzubringen". Die Öffentlichkeit der Verhandlung erscheint hier als materiellrechtliche Massregel.

[3]) Die Öffentlichkeit ist „kein auf die innere Gestaltung des Strafverfahrens influierendes Prinzip, sondern eine äussere Zugabe oder Einrichtung, die aber für die Strafrechtspflege allerdings ihre besondere Bedeutung hat", Zachariae I, 59. Die Öffentlichkeit ist eine „äussere Garantie eines korrekten Verfahrens", Ullmann 41.

energische Nötigung zur genauen Beobachtung der Gesetze und zur gewissenhaften Erforschung der Wahrheit. Zudem hebt die Öffentlichkeit das so notwendige Vertrauen des Volkes in die Lauterkeit der Justiz. Der heimliche Prozess ist immer dem Verdacht ausgesetzt, als habe er das Licht zu scheuen, selbst wenn in Wahrheit streng nach dem Rechte verfahren wird. Endlich ist es eine im Interesse der Fortbildung des Rechts aufzustellende Forderung, dass die Urteile der Gerichte der freien Kritik offen stehen, was bei Heimlichkeit des Verfahrens nicht oder nur ungenügend möglich ist[4]).

Diesen Erwägungen folgend hat auch das deutsche Reichsrecht im Civilprozess wie im Strafprozess den Grundsatz der Öffentlichkeit aufgestellt. Die einschlägigen Bestimmungen enthält das G.V.G. in §§ 170—176 (in der Fassung des Gesetzes vom 5. April 1888[5])), §§ 45, 91, die St.P.O. in §§ 280, 281, 288[6]).

I. Nach diesen Bestimmungen ist jedoch nicht etwa das ganze Verfahren in allen seinen Teilen öffentlich. Öffentlich ist vielmehr — abgesehen von einzelnen Akten der Justizverwaltung, G.V.G. §§ 45[7]), 91[8]), St.P.O. § 280, Absatz 2[9]) — nur „die Verhandlung vor dem erkennenden Gericht", also die Hauptverhandlung, diese aber in allen Instanzen, G.V.G. § 170, St.P.O. §§ 281, 288 Abs. 2.

Nicht öffentlich ist daher insbesondere das Vorverfahren[10]), aber auch das Hauptverfahren ausserhalb der Hauptverhandlung, also z. B. in den Fällen der §§ 222—224, 411 St.P.O.

Insoweit dagegen der Öffentlichkeitsgrundsatz gilt, ist die Verhandlung diesem Grundsatz gemäss so zu gestalten, dass unbestimmt welche und unbestimmt wieviele Personen, die, ohne

[4]) Vgl. Zachariae I, 61; Geyer 15; Ullmann 41; Zenk, Die Öffentlichkeit im Militärstrafprozess, 2. Aufl., insbesondere 17 ff.; Birkmeyer 534.

[5]) Dieses Gesetz ist kommentiert von Klemm 1888 und von Kleinfeller in Meves Gesetzgebung des deutschen Reichs T. III Bd. V Heft 2, 1888.

[6]) In der R.M.St.G.O. vom 1. Dezbr. 1898 (§§ 282—288) ist ebenfalls — im Anschluss an den bayrischen, aber im Gegensatz zum preussisch-sächsischen und württembergischem Militärstrafprozess — der Grundsatz der Öffentlichkeit zum Durchbruch gekommen.

[7]) Festsetzung der Reihenfolge, in der die in der Jahresliste stehenden Schöffen herangezogen werden (ungenau v. Kries 258, der von „Bildung der Jahresliste" spricht; diese erfolgt nicht öffentlich, G.V.G. §§ 42—44).

[8]) Bildung der Geschworenen-Spruchliste.

[9]) Ergänzung der Geschworenen-Spruchliste.

[10]) In Verbindung damit steht Pressgesetz vom 7. Mai 1874 § 17. — *De lege ferenda* wird öfter auch für die Voruntersuchung Öffentlichkeit gefordert. S. z. B. Gneist, Vier Fragen 58; Ullmann 44; John II, 178; H. Meyer, Mitwirkung der Parteien 23; Süss, Stellung der Parteien 307. Vgl. aber v. Kries Z. IX, 92.

an der betreffenden Strafsache irgendwie beteiligt zu sein, der Verhandlung beiwohnen wollen, zugelassen werden. Die Erlaubnis zum Zuhören hat also nicht bloss dieser oder jener bestimmte Einzelne, sondern Jeder ohne Ansehen der Person, so allerdings, dass das Gericht im Interesse der Ordnung den Einlass an Erfüllung gewisser formeller Bedingungen knüpfen kann (z. B. Vorweisung einer Legitimation, vorherige Anmeldung, Erwirkung einer Einlasskarte, die aber natürlich jedermann gewährt werden muss)[11].

II. Aber auch die Öffentlichkeit der Hauptverhandlung (= Verhandlung vor dem erkennenden Gericht) ist keine ganz uneingeschränkte.

1. Durchaus unzulässig ist die Öffentlichkeit bei der Beratung und Abstimmung der Richterkollegien über die zu erlassende Entscheidung. G.V.G. § 195, St.P.O. §§ 301, 303.

Bei der Beratung hat nicht einmal der Dienstvorgesetzte der beratenden Richter Zutritt, ebensowenig der Gerichtsschreiber. Zugegen dürfen nur sein die zur Entscheidung berufenen Richter selbst und (abgesehen von der Beratung der Geschworenen über das Verdikt) die zu ihrer Ausbildung bei dem Gericht[12]) beschäftigten, im Vorbereitungsdienste stehenden Juristen, falls der Vorsitzende es gestattet, diese aber auch, wenn sie in der betreffenden Strafsache als Gerichtsschreiber fungieren[13]).

Dass die Beratung in einem besonderen Beratungszimmer erfolge, ist im Gesetz im allgemeinen nicht vorgeschrieben. Sie kann deshalb auch im Sitzungszimmer erfolgen, vorausgesetzt nur, dass das Publikum den Sinn der ausgetauschten Meinungen nicht wahrnehmen kann, weil die Unterredungen mit leiser Stimme erfolgen[14]). Freilich ist dieses Verfahren sehr leicht Missdeutungen ausgesetzt, als habe das Gericht nicht mit der gehörigen Gründlichkeit beraten, sondern sei schon mit einem gewissen

---

[11]) Vgl. Keller 5; Löwe 3 zu § 170 G.V.G.; Glaser I, 258; Birkmeyer 535. Dagegen würde es eine Verletzung der Öffentlichkeit bedeuten, wenn die Einlasskarten nur bestimmten Personen verabfolgt würden. Kleinfeller a. a. O. 149. Auch wäre die willkürliche Festsetzung einer bestimmten Zahl von Einzulassenden eine unzulässige Verkürzung der Öffentlichkeit, wohingegen eine selbst ziffermässige Festsetzung der Zahl der verfügbaren Plätze mit Rücksicht auf den vorhandenen Raum und die Abweisung der hiernach Überzähligen als zulässig erscheint. R. II, 361; Kleinfeller a. a. O. 148. — Dem Öffentlichkeitsgrundsatze geschieht ferner nur dann Genüge, wenn nicht bloss der ausdrücklich Einlass Begehrende zugelassen wird, sondern schlechthin der Zugang zu dem Gerichtssaal offen gehalten wird, mag auch niemand von der Möglichkeit des Zutritts Gebrauch zu machen gewillt sein. E. XXIII, 219.

[12]) D. h. bei der betr. Gerichtsanstalt (den Landgericht Breslau, dem Oberlandesgericht Breslau etc.), nicht notwendig bei dem betr. Rechtsprechungskörper (Strafkammer I etc.). Bennecke 421 Anm. 28.

[13]) R. X, 549; E. XVIII, 161.

[14]) E. XXII, 396; Löwe 2 zu § 195; Bennecke 421, Anm. 27.

Vorurteil an die Verhandlung herangetreten; besser wird daher dieses Verfahren vermieden. Direkt unzulässig ist es für die Beratung der Geschworenen über das Verdikt, St.P.O. §§ 301, 303.

Dagegen hat die Verkündigung der Entscheidungen grundsätzlich öffentlich (Ausnahmen siehe unten sub 2 g. E.) zu erfolgen.

2. Zulässig ist auf Antrag wie von Amts wegen eine Ausschliessung der Öffentlichkeit durch Gerichtsbeschluss, wenn bei öffentlicher Verhandlung eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung, insbesondere der Staatssicherheit, oder eine Gefährdung der Sittlichkeit zu besorgen stünde, G.V.G. § 173.

Öffentliche Ordnung ist der ungestörte Verlauf des Lebens der Allgemeinheit[15]. Eine Gefährdung derselben liegt z. B. vor, wenn Gewaltthätigkeiten des Publikums im Sitzungssaale gegen die Richter oder gegen den Angeklagten zu befürchten sind.

Staatssicherheit ist das machtvolle Dastehen des Staates als Ganzen gegenüber inneren, wie äusseren Feinden. Sie würde gefährdet, wenn z. B. in einem Landesverratsprozess Staatsgeheimnisse (betr. Festungspläne, Mobilmachungspläne u. dergl.) öffentlich mitgeteilt würden. Das Gesetz fasst die Staatssicherheit als in dem Oberbegriff „öffentliche Ordnung" enthalten auf (*verbo* „insbesondere" in G.V.G. § 173), als bedeute jede Gefährdung der Staatssicherheit auch eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung. Das ist nicht zutreffend, die Bekanntgabe eines Staatsgeheimnisses z. B. braucht durchaus nicht Unordnung im Sitzungssaale oder ausserhalb des letzteren zur Folge zu haben. Es ist aber zweifellos, dass nach dem Willen des Gesetzgebers die Gefährdung der Staatssicherheit ohne weitere Bedingung den Ausschluss der Öffentlichkeit rechtfertigt, also auch wenn eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung dabei nicht in Frage steht[16].

Endlich genügt zum Ausschluss der Öffentlichkeit auch die Gefährdung der Sittlichkeit, d. i. nicht der Moral im allgemeinen, sondern der Lauterkeit des menschlichen Verhaltens in sexueller Hinsicht[17].

Der Begriff der „Gefährdung" ist hier derselbe, wie im materiellen Strafrecht. Die öffentliche Ordnung, Staatssicherheit, Sittlichkeit sind daher durch die Öffentlichkeit der Verhandlung dann gefährdet, wenn eine Schädigung jener Güter bei öffentlicher Verhandlung wahrscheinlich ist[18].

Kommt einer der vorgenannten Ausschliessungsgründe in Frage, so ist — auch ohne Antrag — darüber zu verhandeln, d. h. den anwesenden Beteiligten Gelegenheit zu geben, sich zu äussern[19]. Schon diese Verhandlung findet nichtöffentlich statt, wenn ein Beteiligter es

---

[15]) Abweichend Kleinfeller, a. a. O. 135—139.

[16]) So auch v. Kries 259 Anm. 2.

[17]) Kleinfeller a. a. O. 142—143.

[18]) Ebenso Kleinfeller a. a. O. 143—148.

[19]) Vgl. hierzu E. I, 50, X, 92, XVIII, 138, XX, 21, 52; R. I, 206, II, 480, III, 677, VI, 106, X, 539.

beantragt, oder das Gericht es für angemessen erachtet, G.V.G. § 175 Abs. 1. Wird Ausschluss der Öffentlichkeit beschlossen, so muss dieser Beschluss öffentlich verkündet werden und zwar unter Benennung des Ausschliessungsgrundes (ob „Gefährdung der öffentlichen Ordnung" u.s.w.).

Der Ausschluss der Öffentlichkeit hat zur Folge, dass der gesamten weiteren Verhandlung ausser den Beteiligten niemand anwohnen darf. Doch kann das Gericht (nicht der Vorsitzende) einzelnen Personen[20]) trotz des Ausschlusses der Öffentlichkeit den Zutritt gestatten; ganz unberührt bleiben von dem Ausschluss der Öffentlichkeit die Dienstvorgesetzten. G.V.G. § 176 Abs. 2 und 3.

Sachlich bezieht sich der Ausschluss der Öffentlichkeit auf alle Teile der Verhandlung, aber mit Ausnahme der Urteilsverkündung: diese muss in jedem Falle öffentlich erfolgen. Nur für die Verkündung der Urteilsgründe oder eines Teils von ihnen ist wiederum Ausschluss der Öffentlichkeit durch besonderen, d. i. sich ausdrücklich auf die Urteilsgründe beziehenden Gerichtsbeschluss[21]) zugelassen, und zwar nur wegen Besorgnis der Gefährdung der Staatssicherheit oder der Sittlichkeit (nicht der öffentlichen Ordnung). G.V.G. § 174. Dieser besondere Beschluss wird meist sachgemässer Weise erst nach durchgeführter Verhandlung gefasst werden können; gesetzlich vorgeschrieben ist dies aber nicht[22]).

Der Ausschluss der Öffentlichkeit im Falle der Gefährdung der Staatssicherheit kann durch einen Schweigebefehl (Gerichtsbeschluss) an die der Verhandlung Beiwohnenden verstärkt werden, G.V.G. § 175 Abs. 2[23]). Die Presse unterliegt im gleichen Falle auch ohne Schweigebefehl einem Veröffentlichungsverbot, Art. III des Gesetzes vom 5. April 1888. Der Schweigebefehl ist mittels Beschwerde anfechtbar, G.V.G. § 175 a. E. Er bedarf deshalb — *arg.* St.P.O. § 34 — der Begründung[24]).

Zuwiderhandlungen gegen den Schweigebefehl oder das Veröffentlichungsverbot sind strafbar (Ges. vom 5. April 1888, Art. II, Art. III, Abs. 2). Strafbar ist ferner die öffentliche Mitteilung sexuell anstössiger Dinge aus einer Verhandlung, für die wegen Gefährdung der Sittlichkeit die Öffentlichkeit ausgeschlossen war. (Ges. vom 5. April 1888, Art. IV, St.G.B. § 184 Abs. 2).

Ist derjenigen Teil der Verhandlung erledigt, für den die Öffentlichkeit ausgeschlossen war, so ist unverzüglich die Öffentlichkeit wiederherzustellen.

---

[20]) Nicht aber ganzen Klassen von Personen, etwa Zeitungsberichterstattern, Bennecke 399, Anm. 16.

[21]) Vgl. E. XX, 383.

[22]) A. M. Kleinfeller a. a. O. 154. Wie im Text Bennecke 400 Anm. 20.

[23]) Hierüber ausführlich Kleinfeller a. a. O. 165 ff.

[24]) Bennecke 401 Anm. 29. A. M. Löwe Bem. 7 zu § 175.

3. Zulässig ist endlich Verengerung des Kreises von Personen, die bei den öffentlichen Sitzungen Einlass finden, insofern der Vorsitzende[25]) nach G.V.G. § 176 Abs. 1 den Zutritt versagen kann:

a) Unerwachsenen (nicht identisch mit Strafunmündigen oder Minderjährigen[26]), sondern nach Lage des einzelnen Falles zu beurteilen);

b) Personen, die nicht im Besitze der bürgerlichen Ehrenrechte sind im Sinne der §§ 32—34, 36, 37 St.G.B.

c) Personen, die in einer der Würde des Gerichts nicht entsprechenden Weise erscheinen (z. B. in Maskenverkleidung, Betrunkene u. s. w.).

Endlich kann auch die Handhabung der allgemeinen Sitzungspolizei[27]) zu einer Entfernung einzelnen Störer aus dem Sitzungssaale führen (G.V.G. § 178), und diese Massregel kann geeignetenfalls sogar zu einer Hinausweisung sämtlicher anwesenden Zuhörer führen, doch muss in solchem Falle dem gesamten übrigen Publikum der Zutritt unverwehrt bleiben, wirdrigenfalls eine unzulässige Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes vorliegen würde[28]).

Würde aus anderen, als den vorstehend erwähnten Gründen eine Person, die Zutritt zu einer öffentlichen Verhandlung begehrt, zurückgewiesen, so würde dies ein Verstoss gegen den Öffentlichkeits-Grundsatz sein[29]). Dies muss auch dann gelten, wenn das Gericht von der Zurückweisung (z. B. durch einen Gerichtsdiener) keine Kenntnis hatte, denn auch in solchem Falle ist ein vom Gesetz nicht gewollter Zustand vorhanden[30]).

III. Die Sätze über die Öffentlichkeit haben nicht den Sinn, dass jedem Beliebigen ein prozessuales Recht auf Zulassung zur Verhandlung zustünde, geschweige denn ein Recht darauf, dass eigens mit Rücksicht auf ihn etwa ein Dolmetscher zugezogen würde[31]). Die ungerecht-

---

[25]) A. M. Bennecke 399 Anm. 17; Voitus 1 zu § 176 G.V.G., welche das Gericht für zuständig halten. Aber es handelt sich im Grunde um eine spezielle sitzungspolizeiliche Massregel, sodass § 177 G.V.G. sinngemässe Anwendung findet. So Kleinfeller a. a. O. 183; Löwe 4; Stenglein 2; Thilo 5 zu § 176. Der mit dem Thürdienst betraute Gerichtsdiener oder Polizeibeamte ist zu einer selbständigen Handhabung des § 176 G.V.G. nicht befugt. A. M. Löwe a. a. O.; Kleinfeller a. a. O.; R. IV, 268.

[26]) Kleinfeller a. a. O. 182; E. in Civilsachen XVI, 338. A. M. Stenglein I zu § 176 G.V.G.

[27]) Unten § 101.

[28]) E. XXX, 104.

[29]) E. XXX, 245.

[30]) A. M. R. IV, 268, E. II, 301; Kleinfeller a. a. O. 148.

[31]) Bennecke 398. Vgl. John II, 174.

fertigte Abweisung eines den Zutritt Begehrenden kann zwar von dem Abgewiesenen durch Aufsichtsbeschwerde gerügt werden, ist aber für den Prozess solange ohne Einfluss, als nicht eine der Parteien diesen Umstand rügt.

Die Parteien allerdings können jede[32]) Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes zur Anfechtung des Urteils benutzen, und zwar so, dass die Nichtwahrung der Öffentlichkeit als ein absoluter Revisionsgrund (unten § 131) erscheint, St.P.O. § 377[6], gleichviel, ob ihn der Angeklagte oder die Staatsanwaltschaft[33]) geltend macht.

Dagegen enthält die Zulassung der Öffentlichkeit in Fällen, in denen Grund zu ihrer Ausschliessung (oben II 2) vorgelegen hätte, keine Verletzung der Parteien[34]). Denn die Ausschliessung ist heute im Strafprozess in keinem Falle obligatorisch[35]).

Diejenigen Teile des Verfahrens, für die die Öffentlichkeit nicht gilt, (Voruntersuchung u. s. w.) sind — abgesehen von der Beratung und Abstimmung — nicht „geheim" in dem Sinne, als hätten die Parteien Anspruch darauf, dass niemand zugelassen werde. Vielmehr liegt die Zulassung Unbeteiligter (z. B. der auf ihre Vernehmung in einer folgenden Strafsache wartenden Zeugen) im Ermessen des Gerichts[36]). Ebenso ist die Gewährung der Einsicht in die Akten (z. B. auf Begehren einer Prüfungskommission zur Benutzung in der Prüfung, oder auf Ansuchen eines akademischen Lehrers zu Lehrzwecken) Ermessenssache.

---

[32]) v. Kries 261 will die Anfechtung dann ausschliessen, wenn das Gericht infolge eines thatsächlichen Irrtums angenommen hatte, die öffentliche Ordnung (Staatssicherheit, Sittlichkeit) sei bei öffentlicher Verhandlung gefährdet, und deshalb die Öffentlichkeit ausgeschlossen hatte. Ebenso Bennecke 399 Anm. 14; Löwe 6 zu § 173. v. Kries beruft sich darauf, dass es dem Ermessen des Gerichts überlassen sei, zu beurteilen, wann eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung etc. zu befürchten sei. Das ist unzutreffend. Die Feststellung, dass eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung etc. zu befürchten sei, hat das Gericht nicht frei „zu ermessen", sondern auf objektive Thatsachen zu gründen Erst wenn wirklich eine solche Gefährdung festgestellt ist, greift das Ermessen des Gerichts ein, insofern trotz der Gefährdung vom Ausschluss der Öffentlichkeit Abstand genommen werden kann. Hat also das Gericht bei Feststellung der zu befürchtenden Gefährdung geirrt, lag in Wahrheit solche Gefährdung nicht vor, so ist zu Unrecht Ausschluss der Öffentlichkeit erfolgt, also das Prinzip verletzt.

[33]) R. I, 297.

[34]) Glaser I, 258; Löwe 6 zu § 173; v. Kries 261; Bennecke 399 Anm. 14. E. III, 295; R. I, 324, 652, IV, 286.

[35]) Anders im Civilprozess, G.V.G. §§ 171, 172, und in früheren Strafprozessgesetzen, z. B. Preuss. Gesetz vom 3. Mai 1852 § 18 (Ausschluss der Öffentlichkeit bei Münzverbrechen und Münzvergehen obligatorisch).

[36]) v. Kries 259; Kleinfeller a. a. O. 127; Delius, Sitzungspolizeiliche Befugnisse der Behörden 8. A. M. Klemm a. a. O. 9 Anm. 1.

## D. Die prinzipielle Stellung der Staatsanwaltschaft und des Beschuldigten.

### § 72.

### I. Im allgemeinen.

I. Als Parteiprozess folgt der heutige deutsche Strafprozess dem Grundsatz der Parteien- oder Waffengleichheit[1]). Die Gestaltung des einzelnen konkreten Prozesses kann freilich faktisch zu einer Ungleichheit der Parteien führen. Zudem erleidet der Grundsatz der Gleichheit auch rechtlich eine Reihe von Durchbrechungen[2]).

Immerhin ist als wichtige Auslegungsregel festzuhalten, dass, insoweit das Gesetz nicht ausdrücklich das Gegenteil anordnet, die prozessualen Rechte und Pflichten beiden Parteien gleichmässig zustehen[3]).

II. Beide Parteien haben gleichmässig ein Recht auf rechtliches Gehör.

1. Zuvörderst kann das Verfahren als Ganzes nur unter Zuziehung beider Parteien stattfinden. Die Frage der Bestrafung kann insbesondere nicht über den Kopf des Beschuldigten hinweg erörtert und entschieden werden. Geschähe dies, so wäre das Verfahren einschliesslich des Urteils nichtig[4]). Nur ausnahmsweise ist ein Verfahren gegen einen Abwesenden zugelassen[5]).

Insoweit dritte Personen eine der Stellung des Beschuldigten analoge Stellung haben, weil sie von der zu verhängenden Massregel betroffen werden, bedingt der Grundsatz des rechtlichen Gehörs die Zuziehung jener Interessenten. So bleiben besonders die sogenannten Einziehungs- (Unbrauchbarmachungs-) Interessenten, wenn sie nicht zugezogen worden sind, von dem Verfahren gänzlich unberührt; die ohne ihre Zuziehung ergangene Entscheidung ist gegen sie nicht rechts-

---

[1]) Bennecke oben 112; Süss, Die Stellung der Parteien im modernen Strafprozess (1898) bes. 114 ff.

[2]) Oben 112, 113 — Besonders verschiebt sich die gleichheitliche Stellung dadurch, dass auf Klägerseite regulär eine Behörde, auf Passivseite nur Privatpersonen stehen. Birkmeyer 379. — Beachtenswert der legislatorische Vorschlag von Hugo Meyer, Parteien im Strafprozess 11, 15, Krit. Vjschr. 3. F. V, 99 ff., eine Verteidigungsbehörde einzurichten Vgl. oben § 68 S. 245 Anm. 28.

[3]) Vgl. R. VIII, 454.

[4]) Gegenüber der oben S. 16 Anm. 25, S. 115 Anm. 10 von Bennecke vertretenen Auffassung, dass von „Nichtigkeit" im Prozess keine Rede sein könne, vgl. unten §§ 75, 77.

[5]) Unten § 151.

kraftfähig und nicht vollstreckbar[6]). Dies gilt insonderheit für das sogenannte objektive Verfahren, für welches der § 478 St.P.O. noch eine ausdrückliche Bestimmung in diesem Sinne trifft.

Auch die „subsidiäre Haftbarkeit" eines Dritten[7]) kann rechtsgültig nur nach Anhörung des Dritten ausgesprochen werden[8]).

2. Besondere Ausflüsse des Prinzips sind folgende:

a) Die Parteien können verlangen, dass das gesamte Verfahren ihrer Wahrnehmung offen liegt.

Sie haben namentlich ein Recht darauf, bei den hauptsächlichsten Vorgängen des Prozesses zugegen sein zu dürfen, sogenannte Parteiöffentlichkeit, die inhaltlich wesentlich weiter reicht, als die Volksöffentlichkeit. Ein derartiges Recht haben die Parteien in Ansehung einzelner Beweisaufnahmen im Vorverfahren, St.P.O. §§ 191, 167, besonders aber in Ansehung der Hauptverhandlung, von deren Anfang bis zum Ende, St.P.O. § 225, mit alleiniger Ausnahme der Beratung und Abstimmung des Gerichts, welche auch den Parteien gegenüber geheim erfolgen muss, G.V.G. § 195. Da die sogenannten kommissarischen Beweiserhebungen (St.P.O. §§ 222, 224[9]) als anticipierte Stücke der Hauptverhandlung gelten, so erstreckt sich die Parteiöffentlichkeit auch auf sie, St.P.O. § 223, mit der Beschränkung, dass der nicht auf freiem Fusse befindliche Angeklagte ein Recht auf Anwesenheit nur insoweit hat, als der Termin an der Gerichtsstelle seines Haftortes abgehalten wird, St.P.O. § 223, Abs. 2.

Eine Ausschliessung der Parteiöffentlichkeit giebt es nicht. Nur kann der Angeklagte in den Fällen der §§ 192, 246 Abs. 1 und 2 St P.O.[10]) zeitweilig aus dem Sitzungszimmer entfernt werden, doch muss er dann nach Wiedervorlassung über das inzwischen Verhandelte unterrichtet werden.

---

[6]) So mit Recht E. IV, 87, V, 372; R. IV, 79; Thilo 5 zu § 478; Geyer 886; Löwe 1 Aaα zu Buch 6 Abschn. 5; Stenglein 5 zu § 476; Bennecke 703; Dochow-Hellweg 368; Süss, Stellung der Parteien 138; H. Seuffert in v. Stengels Wörterbuch des Verwaltungsrechts s. v. „Einziehung"; teilweise v. Kries 227 und Rechtsmittel 25. A. M. Voitus Kontroversen II, 374; Jastrow G.A. XXXVIII, 54; Mevos H.H. II, 459; Keller 1 zu § 477; Puchelt zu Buch 6 Abschn. 5; Binding, Grdr. 211. Die Stellung der Einziehungsinteressenten kann im Vollstrafprozess keine andere sein, als im objektiven Verfahren, vgl. gleich nachstehend im Text und unten § 152.

[7]) Vgl. v. Liszt § 58 12 b, H. Meyer § 32 bei Anm. 19, § 50 bei Anm. 21; Beling, Grundz. 58.

[8]) Vgl. hierzu v. Kries 228.

[9]) Unten § 119.

[10]) Zu Abs. 2 des § 246 vgl. G.V.G. § 178 und unten § 101.

Auf denselben Grundgedanken geht aber auch das Recht der Akteneinsicht zurück, das den Parteien, allerdings dem Beschuldigten nur in beschränktem Masse (St.P.O. § 147) zusteht.

b) Die Parteien haben ferner Anspruch darauf, in ausgedehntem Masse mit ihrem Vorbringen gehört zu werden.

Insbesondere muss ihnen vor jeder Entscheidung[11]) des Gerichts[12]) Gelegenheit gegeben werden, ihre Rechte auszuführen. Uneingeschränkt gilt dieser Satz nach § 33 St.P.O.[13]) allerdings nur hinsichtlich der im Laufe einer Hauptverhandlung ergehenden Entscheidungen (Spezialbestimmung: § 247 St.P.O.), anderen Entscheidungen hat regelmässig nur eine Anhörung der Staatsanwaltschaft vorauszugehen[14]). Doch giebt es auch Spezialfälle, in denen es auch ausserhalb der Hauptverhandlung einer vorherigen Anhörung des Beschuldigten bedarf; so ist, bevor auf die Anklageschrift hin Beschluss gefasst wird, dem Beschuldigten Gelegenheit zur Äusserung zu geben, ausser bei Sachen, die vor dem Schöffen- oder dem Amtsgericht verhandelt werden sollen, St.P.O. § 199.

Sodann verfügt die St.P.O., dass eine Anhörung der Parteien auch gleich nach gewissen prozessualen Vorgängen stattfinden solle. So soll besonders in der Hauptverhandlung nach der Vernehmung eines jeden Zeugen, eines jeden Sachverständigen und eines jeden Mitangeklagten, sowie nach der Verlesung eines jeden Schriftstückes der Angeklagte befragt werden, ob er etwas zu erklären habe, § 256 St.P.O.

In allen diesen Fällen ist es den Parteien natürlich anheimgestellt, ob sie sich äussern wollen oder nicht; verpflichtet zur Äusserung sind sie nicht.

Ebenso steht es bei ihnen, ob sie sich mündlich oder schriftlich äussern wollen, doch wird natürlich im Bereiche des Mündlichkeitsprinzips (also in der Hauptverhandlung) nur die mündliche Äusserung berücksichtigt; und anderenteils braucht das Gericht ausserhalb der Hauptverhandlung mündliche Erklärungen nicht entgegenzunehmen[15]).

## § 73.

### II. Die Stellung der Staatsanwaltschaft insbesondere.

I. Die Staatsanwaltschaft hat, wiewohl Organ der klagenden Partei, des Staates, keine einseitige Parteistellung *contra reum*[1]),

[11]) Entscheidung im weiteren Sinne (mit Einschluss der Prozessleitung), unten § 81. Löwe 2a zu § 33; vgl. Mot. 36; Geyer 606; v. Schwarze zu § 33. A. M. v. Kries 429; Binding, Grdr. 159; Ötker 612.

[12]) „Gericht" = Gerichtsganzes im Gegensatz zum einzelnen Richter (Vorsitzenden, Amtsrichter im Ermittelungsverfahren, Untersuchungsrichter), aber gleichviel ob erkennendes oder beschliessendes Gericht. So Löwe 2a zu § 33; Bennecke 419; Binding, Grdr. 159. Die Frage ist aber streitig; vgl. die bei Löwe verzeichnete Literatur.

[13]) Gleichgestellt sind den Parteien in § 33 St.P.O. alle anderen „Beteiligten", also Personen, die von der zu treffenden Entscheidung direkt berührt werden (Zeugen oder Zuhörer, die in eine Ordnungsstrafe genommen werden sollen u. s. w.).

[14]) *De lege ferenda* ist diese Bevorzugung der Staatsanwaltschaft durchaus zu missbilligen, Binding, Grdr. 160; Birkmeyer 470; anders Löwe 2b zu § 33.

[15]) So Löwe 2c zu § 33; Bennecke 420. A. M. Stenglein 3 zu § 33.

[1]) Vgl. Bennecke oben 111.

denn das Parteiinteresse des Staates deckt sich mit der Durchführung des objektiven Rechts im Einzelfalle. Daraus folgt, dass die Staatsanwaltschaft sich durchaus auf den objektiven Standpunkt zu stellen, die That- und Rechtsfrage also prinzipiell in derselben Weise, wie das Gericht, zu prüfen hat. Wenn man will, kann man die Staatsanwaltschaft danach als „Gesetzeswächterin" bezeichnen[2]).

Tauchen bei der von der Staatsanwaltschaft vorzunehmenden Prüfung der Sachlage streitige Rechtsfragen auf (Strafbarkeit des untauglichen Versuchs, der ohne Einwilligung des Patienten vorgenommenen ärztlichen Operation u. s. w.), so ist die Staatsanwaltschaft daher lediglich auf ihre Überzeugung, eventuell *primo loco* auf Anweisungen des Vorgesetzten (§ 147 G.V.G.[3]) gestellt; an eine etwa herrschende Ansicht der Wissenschaft oder eine herrschende Praxis, insbesondere an die Reichsgerichtsjudikatur, ist sie nicht gebunden[4]); ebensowenig hat sie etwa *in dubio* der härteren Rechtsansicht zu folgen, sodass sie *in dubio* immer die Anklage erheben und die Entscheidung dem Gericht überlassen müsste[5]).

Die Objektivität des Standpunktes, den der Staatsanwalt einzunehmen hat, äussert sich besonders bedeutsam dann, wenn sich im Laufe des Prozesses die Grundlosigkeit der erhobenen Klage herausstellt. Alsdann hat die Staatsanwaltschaft — wenn der Zeitpunkt vorüber ist, bis zu dem sie die Klage zurücknehmen kann — nicht etwa nur passiv die Freisprechung geschehen zu lassen, sondern ihrerseits positiv auf die Freisprechung hinzuwirken; ganz besonders muss alsdann der Beamte der Staatsanwaltschaft in der Hauptverhandlung einen auf Freisprechung gerichteten Antrag stellen, geeignetenfalls Entlastungsbeweisanträge stellen u. s. w.

Ein weiterer Ausfluss desselben Grundgedankens ist die Bestimmung, dass die Staatsanwaltschaft auch „zu Gunsten" des Angeklagten Rechtsmittel einlegen kann. St.P.O. § 338 Abs. 2. Eine

---

[2]) Vgl. Birkmeyer 311, 377, der aber dennoch prinzipiell der Staatsanwaltschaft eine einseitige Parteistellung zuweisen will und sonach die Gesetzeswächtereigenschaft als eine die Parteistellung durchbrechende prinzipwidrige Ausnahme ansieht.

[3]) Oben § 41 S. 128.

[4]) So richtig Binding, Grdr. 180; Bennecke 453 Anm. 2; Stenglein 5 zu § 168 (der aber doch „herrschende Rechtsansichten" für den Staatsanwalt massgebend sein lassen will); John II, 404. A. M. Löwe 5 zu § 168; v. Kries 483 Anm. 1.

[5]) A. M. Löwe 5 zu § 168; v. Kries 483; Birkmeyer 588. Auch Binding Grdr. 181 macht der Gegenansicht eine Konzession für die Fälle, in denen die Staatsanwaltschaft „die Straffälligkeit für wirklich zweifelhaft erachtet".

ungerechtfertigte Verurteilung läuft dem von der Staatsanwaltschaft vertretenen Staatsinteresse zuwider, deshalb ist es Aufgabe der Staatsanwaltschaft, sie zu bekämpfen[6]).

II. Insoweit die Herbeiführung eines Strafprozesses Staatssache ist, hat die Staatsanwaltschaft ein sogenanntes Klagemonopol, d. h. sie allein und keine andere Staatsbehörde ist dazu berufen, Strafklagen bei den Gerichten zu erheben[7]).

Hiervon giebt es nur eine Ausnahme: Bei Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Erhebung öffentlicher Abgaben und Gefälle ist die Verwaltungsbehörde befugt, anklagend das Gericht anzugehen, wenn die Staatsanwaltschaft die Verfolgung ablehnt, St.P.O. § 464[8]).

Doch bezieht sich das staatsanwaltschaftliche Klagemonopol nur auf die Erhebung der Strafklage bei Gericht. Insoweit Polizei-, Zoll- und Steuerbehörden im Verwaltungsverfahren durch Strafverfügung bezw. Strafbescheid Strafen festsetzen können[9]), haben diese Behörden selbst die massgebende Entschliessung darüber, ob dieses Verwaltungsverfahren stattfinden soll; eine Mitwirkung der Staatsanwaltschaft findet hier nicht statt.

III. Die gesamte staatsanwaltschaftliche Berufsthätigkeit steht unter der Herrschaft des Legalitätsprinzips, d. h. die Staatsanwaltschaft **muss** einschreiten, wenn die materiell- und prozessrechtlichen Voraussetzungen dafür vorhanden sind, sie darf nicht, wie dies bei Geltung des Opportunitätsprinzips der Fall sein würde, die rechtlich zulässige Verfolgung nach Gutdünken aus Zweckmässigkeitsgründen unterlassen. St.P.O. § 152 Abs. 2 („[die Staatsanwaltschaft] ist, soweit nicht gesetzlich ein anderes bestimmt ist, verpflichtet, wegen aller gerichtlich strafbaren und verfolgbaren Handlungen einzuschreiten, sofern zureichende thatsächliche Anhaltspunkte vorliegen").

Das Legalitätsprinzip darf nicht, wie dies meist geschieht[10]), einfach als Ausfluss des Offizialprinzips oder als mit diesem identisch hingestellt werden. Durch letzteres verwehrt der Staat nur Anderen die Entscheidung darüber, ob eine Strafverfolgung eintreten solle: eine

---

[6]) Vgl. unten § 104.

[7]) Das staatliche Klagemonopol (oben § 62 I S. 217) und das staatsanwaltschaftliche Klagemonopol sind, was regelmässig verkannt wird, verschiedene Dinge.

[8]) Genaueres unten § 150. Diese Anklage ist natürlich Staats- (öffentliche), nicht Privatklage; richtig John II, 226; Löwe 3 zu § 152; Bennecke 165 Anm. 3. A. M. Stenglein 1 zu § 151, 1 zu § 152; Birkmeyer 305 Anm. 30.

[9]) St.P.O. §§ 453 ff., 459 ff. und unten §§ 148, 149.

[10]) So Bennecke 165; Binding Grdr. 106 § 62; Heinze G.A. XXIV, 270 und sonst, insbesondere 295.

staatliche Strafverfolgungspflicht giebt es nicht[11]), und die Frage, ob der Staat von seinem Strafklagerecht in allen Fällen Gebrauch machen wolle, ist mit Annahme des Offizialprinzips noch nicht entschieden. Aber unser geltendes Recht hat, um in der Strafjustiz alle Willkür auszuschliessen und lediglich der Gerechtigkeit freien Lauf zu verschaffen, mit Recht neben das Offizialprinzip das Legalitätsprinzip gestellt, inhalts dessen eine Strafverfolgungspflicht der staatsanwaltschaftlichen Beamten als Bestandteil ihrer organschaftlichen Berufspflicht dem Staate gegenüber statuiert ist[12]).

Diese Pflicht der Staatsanwaltschaft bezieht sich nicht bloss auf die Frage der Klageerhebung, unter dem Prinzip der Gesetzmässigkeit und nicht der Zweckmässigkeit steht vielmehr auch, was meist nicht beachtet wird, die Thätigkeit im vorbereitenden Verfahren, die Einleitung des letzteren (vgl. St.P.O. § 158), die Einlegung von Rechtsmitteln zu Gunsten oder zu Ungunsten des Beschuldigten, Herbeiführung einer Wiederaufnahme des Verfahrens u. s. w.[13]).

Das Legalitätsprinzip bindet die staatsanwaltschaftlichen Beamten derart, dass sie gegenteilige Anweisungen der Vorgesetzten trotz § 147 G.V.G. unbeachtet lassen müssen. Würde etwa der Preussische Justizminister die untergebenen Staatsanwaltschaften anweisen, wegen bestimmter Delikte die Anklageerhebung zu unterlassen, so wäre diese Anweisung unverbindlich. Denn § 152 St.P.O. giebt einer Durchbrechung des Legalitätsprinzips nur durch gesetzlich bestimmte Ausnahmen Raum; und es hiesse auch das Legalitätsprinzip illusorisch machen, wenn der Vorgesetzte den Staatsanwalt davon entbinden könnte; dann käme eben die Willkür in die Strafjustiz, die das Legalitätsprinzip verhindern will.

Lehnt die Staatsanwaltschaft es ab, von dem staatlichen Strafklagerecht Gebrauch zu machen, so ist natürlich — dem Anklageformprinzip zufolge — das Gericht nicht in der Lage, den Fall aburteilen zu können[14]), und — dem Offizialprinzip zufolge — der Interessent

---

[11]) Oben § 62 S. 218.

[12]) Nicht angängig ist es, mit Bierling Z. X, 283 ff. diese Berufspflicht lediglich als Abglanz einer staatlichen Verfolgungspflicht anzusehen. Der Unteroffizier ist kraft seiner dienstlichen Stellung verpflichtet, in gewissem Umfange auf Befehl strafbare Handlungen zu begehen (M.St.G.B. § 47); sollte diese Pflicht der Abglanz einer staatlichen Pflicht sein?

[13]) Wohl nur dem Ausdruck, nicht der Sache nach, einschränkend Birkmeyer 310 Anm. 17, vgl. 311.

[14]) Oben § 68.

nicht in der Lage, das Gericht als Kläger anzurufen[15]). Aber zur Sicherung des Legalitätsprinzips hat das heutige deutsche Recht[16]) den Interessenten die Möglichkeit eröffnet, ein gerichtliches Vorprüfungsverfahren über die Frage zu entfesseln, ob die Staatsanwaltschaft verpflichtet sei, im konkreten Falle Klage zu erheben, St.P.O. §§ 169 ff.[17]).

Über dieses „Klageprüfungsverfahren", wie es in diesem Buche in Ermangelung eines besseren Ausdrucks genannt werden wird, ist unten genauer zu handeln[18]).

Eine vollständige Sicherung des Legalitätsprinzips liegt freilich in diesem Rechtsbehelf nicht, da letzterer nur da eingreift, wo es sich um den Akt der Klageerhebung, nicht um Herbeiführung anderer staatsanwaltschaftlicher Pflichthandlungen (Wiederaufnahme der nach § 210 St.P.O. erledigten Klage, Wiederaufnahme des Verfahrens u. s. w.) handelt[19]).

Materiellstrafrechtlich ist dem Legalitätsprinzip durch den § 346 St.G.B. Nachdruck gegeben, der unter gewissen Voraussetzungen Zuwiderhandlungen mit Zuchthaus bis zu 5 Jahren bedroht.

---

[15]) Oben § 62. Andere Rechte geben für den Fall der Ablehnung der Klageerhebung durch die Staatsanwaltschaft dem Verletzten oder sogar *cuivis ex populo* ein Klagerecht, sog. subsidiäre Privat- oder Popularklage, befürwortet von zahlreichen Schriftstellern. Bei Schaffung der St.P.O. ist eine solche ebenfalls in Frage gewesen, aber schliesslich zu Gunsten der nachstehend im Text erwähnten Einrichtung bei Seite gesetzt worden. Vgl. John II, 72 ff., auch Ullmann 206, 539; Glaser II, 17; Dochow H.H. II, 353; Gneist Vier Fragen 50; Geyer 408 Anm. 6.

[16]) Die Vorzüge dieser deutschrechtlichen Einrichtung im Gegensatz zu der in Anm. 15 erwähnten anderen Regelung sind dargelegt bei R. Schmidt, Staatsanwalt und Privatkläger, bes. 32, 53 ff. Nur will Schmidt nicht bloss den Verletzten, sondern *quemvis ex populo* zu dem Antrage auf gerichtliche Entscheidung zugelassen wissen; ausserdem befürwortet er daneben noch, wenn auch nicht für alle Deliktsarten, die prinzipale Privatklage. Für die deutschrechtliche Einrichtung auch Birkmeyer 303; H. Meyer Parteien im Strafprozess 14, Krit. Vjschr. 3. F. V, 112. Dagegen Süss, Stellung der Parteien 83 ff., der die subsidiäre Privatklage befürwortet.

[17]) Die §§ 169 ff. werden mitunter, so von Bierling Z. X, 283 ff. zum Beweise der angeblichen Strafpflicht des Staates (oben § 62, S. 218) herangezogen. Allein sie geben dem Individuum nur ein Recht, zu verlangen, dass das jeweilige staatsanwaltschaftliche Organ berufspflichtgemäss funktioniere. Dies zeigt sich darin, dass die §§ 169 ff. im wesentlichen allenfalls auch in einer Gesetzgebung ihre Stelle haben könnten, die dem — eine staatliche Strafpflicht gewiss negierenden — Opportunitätsprinzip huldigte. Für das geltende Recht vgl. allerdings unten S. 279 bei Anm. 29.

[18]) § 112.

[19]) v. Kries 272 Anm. 2; Löwe 6b zu § 170 St.P.O.; O.L.G. Königsberg G.A. XXXVII, 76; O.L.G. Hamburg G.A. XXXXII, 429; O.L.G. Karlsruhe, Bad. Ann. XXXXVI, 88; M. III, 583; O.L.G. Dresden, Ann. VIII, 289, 385, 481. Bezüglich des § 210 St.P.O. a. M. Bennecke 455 Anm. 14; Delius G.A. XXXXIII, 178; bezüglich der Wiederaufnahme des Verfahrens a. M. Delius 178. — Insbesondere greift das Klageprüfungsverfahren auch nicht gegenüber einer Klagezurücknahme als solches ein, wohl aber kann hier der Verletzte die Neuerhebung der Anklage beantragen und, wenn sie abgelehnt wird, im gerichtlichen Wege durchsetzen; so wohl Bennecke 166 Anm. 14. Gegen Verzögerung der Klageerhebung, sowie Klageerhebung unter unrichtigem juristischen Gesichtspunkt ist ebenfalls das Klageprüfungsverfahren nicht gegeben, Bennecke 455 Anm. 14.

In einigen wenigen Fällen ist das Legalitätsprinzip durch Ausnahmen durchbrochen, § 152 St.P.O. macht den Vorbehalt „soweit nicht gesetzlich ein anderes bestimmt ist"; in diesen Ausnahmsfällen hat die Staatsanwaltschaft freilich auch nicht rein willkürlich, aber doch nach pflichtmässigem Ermessen zu entscheiden, ob es opportun, also im allgemeinen Staatsinteresse gelegen, ist, einzuschreiten (oder z. B. wegen Geringfügigkeit der That) nicht[20]) (Opportunitätsprinzip). Diese Fälle sind folgende:

1. Bei den nur auf Antrag verfolgbaren Beleidigungen und Körperverletzungen, sowie Handlungen unlauteren Wettbewerbs hat die Staatsanwaltschaft nach § 416 St.P.O., § 12 des Reichsgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 27. Mai 1896 zu prüfen, ob das öffentliche Interesse gebietet, dass die Staatsanwaltschaft die Strafverfolgung einleite[21]). Die hierher gehörigen Straffälle können nämlich im Sinne des Gesetzes mitunter so leicht wiegen, dass nicht einmal das völlige Unterbleiben der Strafverfolgung als ein Schaden erscheint; überdies aber sind diese Fälle sämtlich privatklagefähig, sodass regelmässig die Bestrafung im Wege des Privatklageverfahrens erfolgen wird.

Ob das „öffentliche Interesse" gegeben ist, entscheidet die Staatsanwaltschaft souverän. In allen übrigen Punkten freilich hat sie in den hier in (ad 1) Rede stehenden Fällen die Opportunität nicht zu prüfen, sondern der Legalität zu folgen.

Keineswegs aber dürfen sämtliche Antrags- und Ermächtigungsdelikte in das Opportunitätsprinzip einbezogen werden. Bei ihnen ist zwar die Erhebung der Klage nicht möglich ohne den Antrag bezw. die Ermächtigung; liegt dieser bezw. diese aber vor, dann muss bei Vorhandensein der übrigen Voraussetzungen die Staatsanwaltschaft Klage erheben, sofern es sich eben nicht um Beleidigung oder Körperverletzung oder unlauteren Wettbewerb handelt.

2. Bei den im Auslande begangenen Strafthaten, insoweit sie lediglich auf Grund der §§ 4, 37 St.G.B.[22]) als strafbar erscheinen, ist

---

[20]) Vgl. hierzu Planck 121; Heinze G.A. XXIV, 295.

[21]) Vgl. Vollert, Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt XXXVI, 1; Steinitz, Kompensation 63; Simonson G.A. XXXVIII, 145.

[22]) Vgl. dagegen z. B. St.G.B. § 298. — Auch für die an sich nach St.G.B. § 4 zu beurteilenden Fälle ist zum Teil durch deutsche Staatsverträge Legalitätsprinzip angenommen worden. Vgl. den deutsch-brasilianischen Auslieferungsvertrag vom 17. September 1877, Art. II Abs. 2, das deutsch-österreichische Zollkartell vom 6. Dezember 1891, Delius, Auslieferungsrecht 21—22; ferner den deutsch-koreanischen Handels- u. s. w. Vertrag vom 26. November 1883 Art. III, 4.

Strafverfolgung nicht bindend vorgeschrieben worden, das St.G.B. bedient sich der Wendung: „es kann verfolgt werden“[23]).

3. Die Herbeiführung eines sogenannten objektiven Verfahrens bei fakultativer Einziehung oder Unbrauchbarmachung (so im Falle der §§ 40 und 41 St.G.B.) ist ebenfalls nur Sache des Ermessens der Staatsanwaltschaft, St.G.B. § 42, St.P.O. § 477[24]).

4. In gewissem Sinne gehört hierher auch die Bestimmung des § 208 St.P.O.: „Betraf das Vorverfahren mehrere derselben Person zur Last gelegte strafbare Handlungen, und erscheint für die Strafzumessung die Feststellung des einen oder des anderen Straffalles unwesentlich, so kann das Gericht auf Antrag der Staatsanwaltschaft beschliessen, dass in Ansehung eines solchen das Verfahren vorläufig einzustellen sei“. Dieser Fall unterscheidet sich von den bisher genannten sehr wesentlich dadurch, dass die massgebende Beiseitesetzung des Straffalles nicht durch die Staatsanwaltschaft allein, sondern auf ihre Anregung hin durch das Gericht erfolgt. Immerhin gehört auch dieser Fall insofern hierher, als das Gericht diesen Beschluss nur dann fassen kann, wenn die Staatsanwaltschaft darauf angetragen hatte; insoweit dieser Antrag gestellt wird, folgt die Staatsanwaltschaft der Opportunität, nicht der Legalität.

Dagegen darf der Fall der Verwaltungsstrafklage — § 464 St.P.O. — nicht hierher gerechnet werden; hier darf die Staatsanwaltschaft, sofern die Voraussetzungen der Strafverfolgung gegeben sind, die Verfolgung nicht unterlassen[25]). Sie hat nicht[26]) die Wahl, ob sie einschreiten oder der Verwaltungsbehörde die Verfolgung überlassen will.

Desgleichen ist die Einleitung eines Absenzverfahrens (§ 319 St.P.O.) nicht Ermessens-, sondern Pflichtsache für die Staatsanwaltschaft[27]).

Die Fälle des Opportunitätsprinzips bilden aber keine Durchbrechung der Einheit des Prozessgegenstandes. Die Staatsanwaltschaft hat nur die Wahl, ob sie die Sache vor Gericht bringen will oder

---

[23]) Partikularrechtlich war in solchen Fällen ein Bericht der Staatsanwaltschaft an den Justizminister vorgeschrieben, und Letzterer entschied von Fall zu Fall, ob einzuschreiten sei oder nicht. Die Fälle wurden danach als „Berichtsfälle“ bezeichnet.

[24]) Vgl. unten § 152 VI. Dagegen ist die Verhängung der Einziehung oder Unbrauchbarmachung nicht allgemein ins Ermessen des Gerichts gestellt, vielmehr kommt es in dieser Hinsicht auf den Wortlaut der materiellrechtlichen Gesetzesbestimmung an („es ist . . . einzuziehen“ oder „es kann . . . eingezogen werden“). E. XXVIII, 123.

[25]) Übereinstimmend Glaser I, 223; Löwe 2a; Stenglein 2 zu § 464; v. Kries 753; Bennecke 693 Anm. 8; Birkmeyer 784.

[26]) Wie John II, 228 und im Anschluss an ihn Bennecke 166 Anm. 6 (vgl. dagegen 693 Anm. 8) annimmt.

[27]) Unten § 151 1 a. E.

nicht; thut sie das erstere, so ist damit der Strafanspruch (samt Nebenansprüchen) total rechtshängig; die Würdigung unter dem einen oder anderen Gesichtspunkte auszuschliessen, steht der Staatsanwaltschaft nicht zu[28]).

In den Fällen, die vom Opportunitätsgrundsatz beherrscht sind, ist ein gerichtliches Klageprüfungsverfahren nicht zulässig[29]). Hier ist vielmehr gegen eine Unterlassung der Klageerhebung nur innerhalb des staatsanwaltschaftlichen organschaftlichen Körpers Remedur möglich dadurch, dass der Vorgesetzte die Klageerhebung anordnet, es sei spontan, es sei auf Beschwerde.

*De lege ferenda* ist das Legalitätsprinzip nicht unangefochten[30]). Es erscheint gleichwohl von vorn herein als das richtige, mindestens im Hinblick auf die dringend wünschenswerte Gleichmässigkeit der Ausübung der Strafjustiz, die keine Willkür vertragen kann. Andererseits ist nicht zu verkennen, dass das Legalitätsprinzip zu Prozessen und Bestrafungen führen kann, die für den Staat ein grösseres Übel darstellen, als das Unterbleiben der Strafverfolgung. Das Strafen ist eine hochwichtige, aber nicht immer und unbedingt die höchste Staatsaufgabe[31]). Die theoretisch richtigste Regelung wäre demnach die, dass die Legalität als Prinzip beibehalten, aber bestimmte generelle Gründe genau formuliert würden, bei deren Vorliegen die Strafverfolgung zu unterbleiben hätte[32]); unzulänglich und prinziplos ist jedenfalls die kasuistische Zulassung der Opportunität, wie sie jetzt besteht (oben 1—4).

## § 74.

### III. Die Stellung des Beschuldigten.

Der Beschuldigte ist im heutigen Recht als Partei, als verteidigungsberechtigtes Prozesssubjekt anerkannt[1]). Hiermit stehen im Zusammenhang folgende Sätze:

I. Die Rechtssphäre des Beschuldigten ist nicht jedem behördlichen Eingriff preisgegeben, der zur Erreichung des Strafprozesszweckes im einzelnen Falle erforderlich erscheint. Vielmehr ist eine Antastung der persönlichen Freiheit des Beschuldigten, seines Besitzstandes u. s. w. nur in dem Umfange zulässig, in dem das Gesetz sie unzweideutig erlaubt hat.

---

[28]) Birkmeyer 73, E. XI, 128.

[29]) Bennecke 165, 458 mit der allgemeinen Meinung; dagegen nur Puchelt 2 zu § 170.

[30]) S. bes. Glaser, Kl. Schr. I, 442 ff.

[31]) Vgl. Glaser, Kl. Schr. I, 441—442; Heinze G.A. XXIV, 293.

[32]) Glaser G.A. XXIV, 293 will freilich feste Regeln hierüber nicht als möglich anerkennen.

[1]) Bennecke oben 118—119; Birkmeyer 335; Süss, Stellung der Parteien 113.

Unzulässig ist insbesondere jeder Zwang zur Herbeiführung eines Geständnisses; derartige Zwangshandlungen sind sogar im St.G.B. § 343 mit Strafe (Zuchthaus bis zu 5 Jahren) bedroht.

II. Der prozessuale Angriff des Klägers wirkt auf den Beschuldigten nicht direkt, sondern erst vermittelst einer auf Grund einer Prüfung stattfindenden Entschliessung des Gerichts.

1. So erzeugt namentlich die Anklage noch nicht den eigentlichen Anklagezustand, sondern erst die Annahme der Anklage durch das Gericht, die in Gestalt der Eröffnung des Hauptverfahrens erfolgt. Die ungerechtfertigte Anklage ist nicht geeignet, den Beschuldigten auf die Anklagebank zu bringen, sondern wird vom Gericht *a limine* zurückgewiesen, St.P.O. § 202.

Der Grundsatz äussert sich auch in der Terminologie des Gesetzes: Der „Beschuldigte“ wird durch die Erhebung der öffentlichen Klage nur zum „Angeschuldigten“; „Angeklagter“ wird er erst durch die Eröffnung des Hauptverfahrens, St.P.O. § 155 [2]).

2. Zwangsmassregeln gegen den Beschuldigten können grundsätzlich nur vom Richter ausgehen, die Staatsanwaltschaft kann die Vornahme dieser Massregeln nur beantragen.

Nur ausnahmsweise sind die Staatsanwaltschaften selbst oder ihre Hülfsorgane befugt, gegen den Beschuldigten Zwang zu üben. Aber auch in diesen Fällen behält die Massregel regelmässig nur dann Bestand, wenn das Gericht sie nachträglich nicht reprobiert [3]).

3. In der Hauptverhandlung ist direkter Verkehr zwischen dem Staatsanwalt und dem Beschuldigten unstatthaft.

*De lege ferenda* erscheint der Grundsatz sub II nicht unangreifbar. Man hat geglaubt, die Sätze unter 2 unmittelbar auf die Parteiqualität der Staatsanwaltschaft und des Beschuldigten zurückführen zu sollen, und hat von diesem Ausgangspunkt aus auch die Ausnahmsfälle, in denen die Staatsanwaltschaft Zwang gegen den Beschuldigten üben kann, als anstössig empfunden. Allein dass auch dem Parteiprozess direkter Zwang der einen Partei gegen die andere nicht widerstrebt, zeigt das Beispiel der römischen *legis actio per manus injectionem*. Vom prozesspolitischen Standpunkt aus erscheint jedenfalls die derzeitige Einrichtung als verfehlt. Dass die Staats-

[2]) Die 3 Bezeichnungen verhalten sich allerdings nicht exclusiv zueinander, wie Birkmeyer 338 anzunehmen scheint; vielmehr erscheint „Beschuldigter“ als die allgemeinste Bezeichnung, die auch noch auf den schon „Angeschuldigten“ und „Angeklagten“ angewendet werden kann; und in ähnlicher Weise lässt der Sprachgebrauch der St.P.O. auch zu, den Terminus „Angeschuldigter“ auf den schon „Angeklagten“ anzuwenden. Das ergiebt direkt der Wortlaut des § 155 St.P.O.: „Angeschuldigter ist der Beschuldigte u. s. w.“

[3]) Vgl. oben §§ 52, 53, 55, 60, S. 166, 170, 177, 195.



anwaltschaft sich zur Erzielung einer Zwangsmassregel an das Gericht wenden muss, ist eine Vergeudung von Zeit und Kräften und eine Verschleppung der Sache. Es muss gefordert werden, dass künftig die Staatsanwaltschaft die volle Befugnis zur eigenen Zwangsanwendung erhält. Die Lage des Beschuldigten wird dadurch sachlich nicht verschlechtert, wofern nur der Staatsanwalt seine Aufgabe richtig auffasst[4]).

Auch der Satz sub 1 ist kein Axiom, das aus dem Parteiprozess abfliesst. Im Civilprozess wirkt die Klage direkt auf den Beklagten. Ebenso könnte im Strafprozess das Hauptverfahren sich ohne Gerichtsbeschluss direkt an die Anklage anschliessen. Die Notwendigkeit eines Eröffnungsbeschlusses ist vom Gesetz gedacht als ein Schutzwall zu Gunsten des Angeschuldigten gegen ungerechtfertigte Anklagen, als Palladium der Freiheit; zum Teil auch als ein Ersatz für die fehlende Berufungsinstanz. Aber *in praxi* zeigt sich, dass diese Gestaltung der Dinge den ihr zugeschriebenen Wert kaum hat[5]).

## Drittes Kapitel.

## Die Prozesshandlungen.

### A. Allgemeines.

### § 75.

#### I. Der rechtsgeschäftliche Charakter der Prozesshandlungen.

I. Der Prozess ist eine zusammenhängende Kette von Handlungen, sei es des Gerichts, sei es der Parteien, (ihrer Vertreter, Beistände u. s. w.) oder Dritter[1]). Diese Handlungen, aus denen sich der Prozess

---

[4]) Oben § 73 I.

[5]) Der Wert der Einrichtung wird meist stark überschätzt. Die Zahl der Sachen, in denen das Gericht die Anklage nicht passieren lässt, ist verschwindend klein. Regulär setzen die Gerichte die Anklagen ohne Schwierigkeiten in Eröffnungsbeschlüsse um. Hält die Staatsanwaltschaft sich, wie es sein soll, streng an eine objektive Auffassung, nicht anders als der Richter, so erscheint die Notwendigkeit gerichtlicher Annahme der Anklage nur als eine wenig nutzbringende Verzögerung. Keinesfalls kann diese Einrichtung mit ihrer doch nur oberflächlichen Prüfung die fehlende Berufungsinstanz ersetzen. Dies selbst dann nicht, wenn, wie vorgeschlagen worden ist (Roller G.S. XL, 353), dem Eröffnungsbeschlusse kontradiktorische mündliche Verhandlung (ein Defensionaltermin) voranginge. Gegen die Notwendigkeit des gerichtlichen Eröffnungsbeschlusses auch Glaser G.S. XIX, 226; vgl. denselben Kl. Schr. II, 148, 265; Süss, Stellung der Parteien 264; Aschrott, Reform des Strafverfahrens 23, W. Mittermaier, Parteistellung der Staatsanwaltschaft 200; Vacca, *Riv. pen.* XLIII, 125; vgl. Motive zu § 161 des Bundesratsentw. zu § 164 des Reichstagsentwurfs. Die R.M.St.G. vom 1. Dezember 1898 kennt keinen gerichtlichen Eröffnungsbeschluss. In dem Regierungsentwurf einer Novelle zur St.P.O. vom Jahre 1895 war die Beseitigung des Eröffnungsbeschlusses vorgesehen. Er fand damit nicht die Zustimmung der Volksvertretung.

[1]) Dass auch die — von Bennecke S. 409 nicht mitgenannten — Handlungen dritter Personen, z. B. der Zeugeneid, der Strafantrag, zum Prozess gehören, also Prozesshandlungen sind, ergiebt sich aus der einfachen Erwägung, dass sie sonst nirgends unterzubringen sind. Zu unterscheiden sind aber von den Prozesshandlungen die

zusammensetzt, tragen den Charakter von Rechtsgeschäften. Denn die menschlichen Handlungen können nur sein entweder rechtlich irrelevante Handlungen — und das sind offenbar die Prozesshandlungen nicht; oder rechtlich relevante Handlungen, und diese können nur sein entweder unerlaubte (Delikte) oder erlaubte Handlungen (Rechtsgeschäfte)[2]. Zweifellos gehören die Strafprozesshandlungen in die letztere Kategorie, und zwar sind sie fast durchweg einseitige Rechtsgeschäfte[3].

Die besondere Terminologie des B.G.B., wonach dem Ausdruck „Rechtsgeschäft" ein engerer Sinn beigelegt wird, ist auf die ausser-civilrechtlichen Disziplinen natürlich nicht zu übertragen.

Den Prozess als Ganzes darf man allerdings nicht als Rechtsgeschäft bezeichnen[4], wohl aber setzt er sich aus Rechtsgeschäften in dem vorerörterten Sinne zusammen[5].

Die Rechtswirkungen der prozessualen Rechtsgeschäfte liegen natürlich nicht auf materiellrechtlichem Gebiete[6], sondern berühren nur das Prozessverhältnis. (Ungenau ist es andererseits auch, den Prozess als Rechtsverhältnis zu bezeichnen[7]).

---

Justizverwaltungshandlungen (Bennecke 413 Anm. 4). Sie liegen ausserhalb des Prozesses, insofern sie erst den Prozess ermöglichen (Ernennung von Richtern, Auswahl, Auslosung, Beeidung der Laienrichter u. s. w.). In eigentümlicher Weise ist jedoch im heutigen Recht die Bildung der Geschworenenbank zu einem innerhalb des Prozesses und zwar innerhalb der Hauptverhandlung liegenden Vorgange gemacht. St.P.O. §§ 278 ff., unten § 123.

[2]) Gewiss giebt es auch erlaubte rechtserhebliche Handlungen, „welche als natürliche Vorgänge, unangesehen die Willensseite, wirken, wie Zeugung, Selbstmord, Produzieren, Vernichten, Verbrauchen, Verändern, Verarbeiten von Sachen u. dergl. Die Existenz eines bewussten, auf die wesentlichen Thatbestandsmerkmale gerichteten Willens ist hier irrelevant. Der Mensch steht dabei als verändernde Kraft der Naturkraft gleich" (Wach, Arch. f. civil. Pr. LXIV, 239; ähnlich Kohler, Jherings Jahrb. XVIII, 133). Aber bei diesen Vorgängen ist ihre Natur als „Handlung" eben ganz gleichgültig, sie gehören deshalb systematisch garnicht unter den Begriff „Handlungen". Zu ihnen gehört im Prozess z. B. die rechtserhebliche Unterlassung, Versäumnis, Wach a. a. O. 242; nicht ab er ohne weiteres das Geltendmachen der Parteirechte, z. B. Einlegen von Rechtsmitteln, dem Wach a. a. O. den rechtsgeschäftlichen Charakter zu Unrecht abspricht. — Kohler, Prozess als Rechtsverhältnis 34 will die Prozesshandlungen in Rechtsgeschäfte und Rechtsakte zerlegen, je nachdem ob sie „selbständig wirken" oder nur „adminikulierend", „innerhalb des Rechtsverhältnisses fördernd, weiterbildend, weitergestaltend". Der Unterschied ist gewiss vorhanden, aber die „Rechtsakte" sind nichts anderes als Teilrechtsgeschäfte im Gegensatz zum Vollrechtsgeschäft. Oder ist es im Privatrecht etwa kein Rechtsgeschäft, wenn A und B, die einen Weizenkaufvertrag geschlossen haben, später zusätzlich dahin übereinkommen, es solle Weizen bestimmter Herkunft geliefert werden?

[3]) Über den Vergleich s. unten § 78 IV. Ein zweiseitiges Rechtsgeschäft ist der mit dem Verteidiger eingegangene Verteidigungsvertrag; vgl. ferner St.P.O. § 284.

[4]) Wach Handb. I, 9.

[5]) Vgl. A. S. Schultze, Privatrecht und Prozess, I, 48 ff., 228 ff.; dagegen Ötker, Konkursr. Grundbegr. 45.

[6]) Insoweit richtig Wach, Handb. I, 8.

[7]) So Kohler, Prozess als Rechtsverhältnis S. 1 u. sonst; Birkmeyer 5.

Der Prozess ist ein Vorgang, kein Verhältnis[8]); wohl aber wird ein Rechtsverhältnis, das Prozessverhältnis, durch die Prozesshandlungen begründet, geändert und beendigt).

II. Wie alle „Handlungen", so stellen auch die Prozesshandlungen menschliche Willensäusserungen dar. Von einer Prozesshandlung lässt sich sonach nur reden, wo ein äusseres Geschehnis vorhanden ist, das auf einen mit ihm zusammenstimmenden Willen beruht.

1. Die äussere Seite besteht bei den Prozesshandlungen meist in gesprochenen oder geschriebenen Worten.

Doch giebt es auch Prozesshandlungen anderer Art, z. B. Festnahme, Durchsuchung.

2. Dies äussere Thun muss aber, soll anders von einer wirksamen Prozesshandlung die Rede sein, in dem Willen der Person wurzeln.

a) Da die Willensbildung im Menschen nicht anders als bewusst geschehen kann, so erweist sich für den Prozess als bedeutungslos alles, was ein Mensch in bewusstlosem Zustande thut.

Würde ein Richter im Banne einer Hypnose ein Urteil fällen, ein Beisitzer infolge Altersschwäche während einer Hauptverhandlung in Schlaf versenkt sein, so läge im ersten Fall kein gültiges Urteil, im zweiten keine gültige „Anwesenheit" in der Hauptverhandlung vor; ebensowenig wäre das Auftreten eines sinnlos trunkenen Angeklagten in der Hauptverhandlung eine gültige „Anwesenheit".

b) Das äussere Thun muss, soll anders eine wirksame Prozesshandlung gegeben sein, aus dem Willen der Person selbst entspringen. Diente die auftretende Person nur als willenloses Werkzeug fremder Kräfte, so wäre der Vorgang rechtlich unstichhaltig.

Wäre z. B. eine Urteilsurschrift, eine Revisionseinlegung u. s. w. so entstanden, dass ein Dritter verbrecherisch der scheinbar handelnden Person zwangsweise die Feder geführt hätte, so wäre eine gültige Urteilskunde, eine Revisionsschrift nicht vorhanden.

c) Wille und Erklärung müssen sich in allen wesentlichen Punkten decken. Der „Geschäftsirrtum" macht auch die prozessuale Handlung hinfällig[9]).

Würde sich z. B. das Gericht über eine Strafe von 2 Jahren Gefängnis schlüssig gemacht haben, der Vorsitzende aber, ohne des Irrtums gewahr zu werden, eine 2jährige Zuchthausstrafe publizieren, so wäre ein gültiges Urteil nicht vorhanden, denn das Gewollte wäre nicht erklärt, und das Erklärte nicht gewollt.

---

[8]) Insbesondere ist es ein innerer Widerspruch, wenn Bennecke oben 2 u. 7 den Prozess gleichzeitig als Kette von Handlungen und als Prozessverhältnis definiert. Richtig Bierling Z. X, 299—300.

[9]) Wenn das Civilrecht der „Erklärungstheorie" Konzessionen macht, also die „Willenstheorie" verwirft oder zurückdrängt, so beruht dies auf besonderen Gesichtspunkten, die für das öffentliche Recht nicht ohne weiteres zutreffen.

Ebenso würde ein Rechtsmittelverzicht nicht vorhanden sein, wenn der Angeklagte einen solchen Verzicht in dem Glauben unterschrieben hätte, es liege ihm eine Rechtsmitteleinlegung vor.

Dagegen ist natürlich der „Irrtum im Beweggrunde“ unerheblich. Ein Rechtsmittelverzicht des Angeklagten, der in dem Glauben abgegeben wurde, es sei jederzeit ein Widerruf zulässig; ebenso ein Urteil mit rechtsirrtümlicher oder in den Thatsachen irrender Begründung oder ein Geschworenenspruch, der auf irrigen Voraussetzungen beruhte[10]), wäre gültig (nur unter Umständen anfechtbar).

III. Rechtliche Bedeutung hat ein Rechtsgeschäft nach einem bekannten Grundsatze der allgemeinen Rechtslehre nur dann, wenn der Handelnde geschäftsfähig war. Dies gilt auch für Prozesshandlungen.

Deshalb können Handlungen, die z. B. ein geisteskranker Richter vornahm, keine Gültigkeit beanspruchen. Auf Seiten der Parteien bedarf es durchweg der Prozessfähigkeit[11]). Ein Geisteskranker muss als prozessunfähig gelten, es könnte also eine Hauptverhandlung gegen ihn nicht stattfinden[12]). Das Gleiche muss gelten für einen Taubstummen, der sich selbst unter Zuziehung eines Dolmetschers nicht oder nur bruchstückweise verständlich machen kann[13]).

IV. Stichhaltig ist eine Prozesshandlung, wie jede Rechtshandlung nur, wenn die Willenserklärung ernstlich ist.

Ernstlich ist aber jede Willenserklärung, die der Handelnde in dem Sinne vornimmt, dass sie formell berücksichtigt werden soll, mag er auch überzeugt sein, dass sie sachlich wertlos ist. Deshalb darf ein Beweisantrag des Beschuldigten nicht desshalb zurückgewiesen werden, weil der Beschuldigte nur Prozessverschleppung bezwecke[14]). Ebenso ist die Zurückweisung eines Richterablehnungsgesuchs mit der Motivierung, dass es nur auf Verschleif der Sache abziele, nicht zulässig[15]).

## § 76.

### II. Form der Prozesshandlungen.

I. Für die Form der Prozesshandlungen lässt sich ein durchgreifendes Prinzip nicht aufstellen[1]). Nur soweit es sich um gesprochene oder geschriebene[2]) Worte, sei es des Gerichts, sei es anderer Personen,

---

[10]) Vgl. E. XXVIII, 242.

[11]) Vgl. oben § 39.

[12]) Bennecke spricht oben 121 von „thatsächlicher“ Prozessunfähigkeit im Gegensatz zur „rechtlichen“. Das lässt sich nicht aufrecht erhalten. Hiergegen zutreffend Birkmeyer 298 Anm. K. 8.

[13]) Bennecke 411 Anm. 15.

[14]) Vgl. unten § 84 IV.

[15]) A. M. E. XXX, 273.

[1]) Löwe 8 zu Buch I der St.P.O.

[2]) Über Mündlichkeit und Schriftlichkeit s. oben § 70 II, S. 257 ff.

handelt, gilt der Grundsatz, dass diese in der Gerichtssprache, d. i. in deutscher Sprache[3]), vorgebracht werden müssen, G.V.G. § 186.

Das Gesetz geht dabei augenscheinlich von der Vorstellung aus, dass die behördlicherseits auftretenden Personen (Richter, Staatsanwalt, Gerichtsschreiber u. s. w.) der deutschen Sprache mächtig sein würden. Gleichwohl ist die Kenntnis der deutschen Sprache nicht Voraussetzung für die Bekleidung des Amts oder für die Mitwirkung in der Verhandlung[4]). Ist ein Richter u. s. w., z. B. ein Geschworener, des Deutschen unkundig, so liegt der sogleich[5]) zu erwähnende Ausnahmsfall vor.

Die Gerichtssprache beherrscht alle Verhandlungen, besonders die Hauptverhandlung in allen ihren Teilen; deshalb müssen auch fremdsprachige Urkunden in deutscher Übersetzung, nicht im Urtext, verlesen werden[6]). Aber auch für alle anderen Willensäusserungen gilt die Gerichtssprache[7]), so für gerichtliche Beschlüsse, Rechtsmitteleinlegung, Beweisanträge u. s. w.

Die Einhaltung dieser Formvorschrift ist essentiell, es würde z. B. eine Rechtsmitteleinlegung in französischer Sprache wirkungslos sein.

Das Gesetz musste jedoch eine Ausnahme machen für Verhandlungen, an denen Personen beteiligt sind, die der deutschen Sprache nicht mächtig sind[8]), sei es als Angeklagte, als Zeugen, Sachverständige u. s. w., oder als Richter u. s. w.[9]). In solchem Falle ist

a) ein Verhandeln in fremder Sprache statthaft, vorausgesetzt, dass sämtliche Beteiligten dieser fremden Sprache mächtig sind (d. h. wenn sie das in dieser Sprache Gesprochene verstehen und sich selbst darin ausdrücken können), G.V.G. § 187 Abs. 2. Unter dieser Voraussetzung kann auch die ganze Hauptverhandlung in der fremden Sprache geführt werden[10]).

---

[3]) Einschliesslich der deutschen Dialekte, R. VIII, 160.

[4]) Übereinstimmend E. XXX, 399.

[5]) Text zu Anm. 8 und 9.

[6]) E. XXVII, 269; über den Übersetzer s. unten S. 286.

[7]) Bennecke 409 Anm. 6; Stenglein zu § 186 G.V.G.

[8]) Die Ausnahme gilt aber nur für Verhandlungen. Will ein des Deutschen nicht Mächtiger eine Prozesshandlung anderer Art vornehmen, z. B. eine Rechtsmitteleinlegung, so ist es seine Sache, die Handlung durch einen Dolmetscher in die deutsche Sprache einkleiden zu lassen.

[9]) Oben bei Anm. 5.

[10]) Struckmann-Koch zu § 187; Thilo zu § 187; Voitus, Kontr. II, 429. A. M. Keller 8 zu § 187; Geyer 457; Stenglein 9; Löwe 10 zu § 187; Bennecke 410 Anm. 12.

Darüber hinausgehend hatte § 12 E.G.V.G. für Elsass-Lothringen die dort geltenden Sonderbestimmungen über die Gerichtssprache aufrecht erhalten. Durch Reichsgesetz vom 12. Juni 1889 § 1 ist aber § 12 cit. aufgehoben worden.

b) Ist ein Verhandeln in fremder Sprache unthunlich oder erscheint es dem Gericht nicht angemessen, so ist bei Beteiligung einer das Deutsche nicht beherrschenden Person[11]) ein Dolmetscher zuzuziehen, G.V.G. § 187 Abs. 1[12]). Alsdann sind die Prozesshandlungen desjenigen, der kein Deutsch kann[13]), gültig in der fremden Sprache, aber seine Erklärungen werden durch den Dolmetscher ins Deutsche übertragen, wie auch umgekehrt die Übermittelung der deutsch geschehenen Äusserungen an jenen durch den Dolmetscher erfolgt (St.P.O. § 258). Ganz besonders wichtig ist die Zuziehung eines Dolmetschers natürlich auch da, wo eine Gerichtsperson des Deutschen unkundig ist[14]).

Der Dolmetscher hilft verhandeln. Er ist daher gerichtliche Hülfsperson in amtlicher Stellung, nicht Sachverständiger; denn der Sachverständige ist Beweismittel, fördert beweiserhebliche Thatsachen zu Tage[15]), was bei dem Dolmetscher nicht zutrifft. Selbstverständlich kann es auch vorkommen, dass ein Sprachkundiger als Sachverständiger vernommen wird, z. B. der angeblich vom Angeklagten gefälschte Wechsel ist in fremder Sprache abgefasst, ein dieser Sprache Kundiger wird in der Hauptverhandlung mit der Übersetzung ins Deutsche betraut. Hier handelt es sich nicht um Ermöglichung des prozessualischen Verkehrs, dieser Übersetzer ist daher nicht Dolmetscher im technischen Sinne; auf ihn finden die §§ 187 ff. G.V.G.

---

[11]) Nicht ohne weiteres identisch mit „Ausländer". Vgl. R. I, 208; E. I, 137.

[12]) Es handelt sich hierbei um eine im Gemeininteresse gegebene Bestimmung, nicht um ein Recht des der deutschen Sprache Unkundigen oder ein Recht der Parteien. Deshalb bedarf es der Zuziehung des Dolmetschers auch trotz allseitigen Verzichts. Ebenso Löwe 3b zu § 187; Bennecke 410 Anm. 9. A. M. anscheinend Glaser I, 429.

[13]) Einschliesslich seiner Eide, G.V.G. § 190.

[14]) Unzulänglich E. XXX, 399. Die Revision hatte hier behauptet, einer der Geschworenen sei der deutschen Sprache nicht mächtig gewesen. Das Reichsgericht entscheidet richtig, dass dieser Umstand seiner Mitwirkung als Geschworener nicht entgegengestanden habe (oben S. 285 Anm. 4). Aber wenn wirklich der Geschworene kein Deutsch verstand, so musste unbedingt ein Dolmetscher zugezogen werden, was nicht geschehen war. Das Reichsgericht musste also auf die Frage eingehen, ob der Geschworene thatsächlich kein Deutsch verstehe. Statt dessen begnügt es sich darauf hinzuweisen, dass der Obmann den Spruch als den Spruch der Geschworenen kundgegeben habe; dadurch sei in einer jeden Gegenbeweis ausschliessenden Weise (?) festgestellt, dass die Geschworenen in gesetzmässiger Weise zum Zustandekommen des Spruchs mitgewirkt hätten.

[15]) Unten § 90.

keine Anwendung; er hat z. B. den Sachverständigeneid, nicht den Dolmetschereid zu leisten. Er ist sozusagen Beweisdolmetscher, nicht Verkehrsdolmetscher. Der Unterschied wird, soviel ich sehe, bisher in Literatur und Judikatur nicht gemacht.

Mit dem Beweisdolmetscher teilt der Verkehrsdolmetscher die Sachkunde und deren Bethätigung. Seiner prozessualen Stellung nach aber ist er nicht Sachverständiger[16]).

Er braucht daher auch nicht formell „geladen" zu werden (sowenig wie der Gerichtsschreiber)[17]); er wird nicht „vernommen"[18]); § 244 St.P.O. findet auf ihn keine Anwendung[19]); die Fähigkeit, Dolmetscher zu sein, seine Verpflichtung zur Übernahme des Amts, sein Eid, seine Eidesfähigkeit decken sich nicht mit denen des Sachverständigen.

Was insbesondere die Fähigkeit, Dolmetscher zu sein, anlangt, so ergiebt sich aus der amtlichen Stellung des Dolmetschers, dass keiner der übrigen in amtlicher Eigenschaft an der Verhandlung Beteiligten Dolmetscher sein kann, (z. B. nicht einer der Richter, der Staatsanwalt), mit der Massgabe, dass der Gerichtsschreiber laut positiver Bestimmung (G.V.G. § 192)[19a]) gleichzeitig als Dolmetscher fungieren kann. — Andere Personen sind — die nötige Sachkunde vorausgesetzt — fähig; dies muss auch gelten, wenn sie als Zeugen, Sachverständige, Verteidiger an der Verhandlung teilnehmen[20]).

Eine Verpflichtung, als Dolmetscher zu fungieren, stellt das Gesetz nicht auf; § 75 St.P.O. trifft hier nicht zu[21]).

Beeidigt werden muss der Dolmetscher jedesmal, wenn er auftritt, gleichviel in welchem Stadium des Verfahrens. Sein Eid geht dahin, dass er treu und gewissenhaft übertragen werde, St.P.O. § 191. Statt des Eides genügt die Berufung auf einen etwa ein für alle Mal geleisteten Dolmetschereid, St.P.O. § 191 Abs. 2. Überhaupt keiner[22]) eidlichen oder eidesähnlichen Versicherung bedarf es, wenn der in der Sache fungierende[23]) Gerichtsschreiber den Dienst des Dolmetschers mit wahrnimmt, St.P.O. § 192.

---

[16]) Übereinstimmend (doch ohne Berücksichtigung der anderen Stellung des Beweisdolmetschers) Bennecke 411, 354; im Grunde genommen auch das Reichsgericht, s. R. VIII, 204, und selbst Löwe 4 zu § 193. Dagegen erklären den Dolmetscher für einen Sachverständigen Stenglein 4 zu § 187, Motive S. 95; Frank I 3 zu § 154 St.G.B.

[17]) Wird er geladen, so kann eine Strafandrohung wegen Ungehorsams nicht in die Ladung aufgenommen werden, vgl. nachstehend und Bennecke 412.

[18]) Bennecke 411 Anm. 16; R. VIII, 204; Löwe 4 zu § 193.

[19]) R. VIII, 97; Bennecke a. a. O.; Löwe 4 zu § 193.

[19a]) Übrigens ist diese Bestimmung des § 192 auch ein Beleg dafür, dass der Dolmetscher nicht Sachverständiger ist, Bennecke 355.

[20]) Bennecke 411 hält sämtliche Beteiligten für unfähig, nur erklärt er die Beweispersonen, die schon vernommen oder erst noch zu vernehmen sind, für nicht „beteiligt".

[21]) Bennecke 412.

[22]) E. I, 397; R. I, 678; Löwe 3 zu § 192.

[23]) E. II, 372; R. II, 372; Löwe 3 zu § 192.

Die Eidesfähigkeit des Dolmetschers ist nur durch Erreichung des Eidesmündigkeitsalters bedingt. Eine Aberkennung der Dolmetschereidesfähigkeit giebt es nicht; § 56² St.P.O. trifft den Dolmetscher nicht[24]).

Nur in einer Hinsicht stellt das Gesetz den Dolmetscher dem Sachverständigen gleich, nämlich hinsichtlich der Ausschliessung und Ablehnung, St.P.O. § 193. Infolge dieser Gleichstellung giebt es Gründe, aus denen jemand von Ausübung des Dolmetscheramts *ipso jure* ausgeschlossen wäre, überhaupt nicht; wohl aber kann ein Dolmetscher aus den Gründen, aus denen ein Richter ausgeschlossen oder ablehnbar ist, abgelehnt werden[25]), soweit diese Gründe sich analog übertragen lassen[26]).

Für das über eine Verhandlung aufzunehmende Protokoll tritt, auch wenn die Verhandlung ganz oder teilweise in fremder Sprache geführt wurde, die allgemeine Regel über die Gerichtssprache in Kraft: das Protokoll wird in deutscher Sprache abgefasst. Nach § 187 G.V.G. findet nicht einmal die Führung eines Nebenprotokolls in der fremden Sprache statt. Doch soll geeignetenfalls dem Protokoll eine durch den Dolmetscher zu beglaubigende Übersetzung beigefügt werden; und fremdsprachliche Aussagen und Erklärungen von Wichtigkeit sollen ausser deutsch auch in der fremden Sprache in das Protokoll oder eine Anlage niedergeschrieben werden[27]).

II. Für die einzelnen Arten von Prozesshandlungen bestehen Formvorschriften der verschiedensten Art (z. B. für Urteile ist unumgänglich notwendig die Verkündung, St.P.O. § 267, für Revisionsanträge die Erklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers oder Unterzeichnung durch den Verteidiger oder einen Rechtsanwalt, St.P.O. § 385 u. s. w.). Hierüber wird unten an den einschlägigen Stellen gehandelt werden.

## § 77.

### III. Wirksamkeit der Prozesshandlungen.

I. Im allgemeinen kann jemand, der ein Rechtsgeschäft vornimmt, dessen Wirksamkeit an Bedingungen (Suspensiv- und Resolutivbedingungen) knüpfen. Ohne Zweifel muss diese Regel grundsätzlich

---

[24]) Bennecke 411.

[25]) Vgl. unten § 90.

[26]) Bennecke 412, insbes. Anm. 23.

[27]) Die Herstellung des Protokolls und seiner Anlagen ist wie überall, so auch hier, an sich Sache des Gerichtsschreibers, nicht des Dolmetschers. Stenglein 7 zu § 187; Bennecke 410 Anm. 12; A. M. Löwe Anm. 9 b zu § 187. Da aber nirgends verlangt ist, dass der Gerichtsschreiber das Protokoll mit eigener Hand herstelle, so kann sehr wohl der betreffende Teil des Protokolls bezw. die Anlage vom Dolmetscher geschrieben sein (was allemal dann unausweichlich sein wird, wenn der Gerichtsschreiber nicht einmal die Schriftzeichen der fremden Sprache, etwa russisch, kennt); nur muss der Gerichtsschreiber die Beurkundung, dass so verhandelt worden sei, auch für den fremdsprachlichen Teil des Protokolls übernehmen.



auch auf die Handlungen des Strafprozesses Anwendung finden. Denn auch die Prozesshandlung ist Willensäusserung, ihre Tragweite richtet sich also nach dem geäusserten Willen.

So würde z. B. eine bedingte Ladung recht wohl statthaft sein. Es vermutet beispielsweise die Staatsanwaltschaft, dass der Angeklagte im Wege der direkten Ladung den X als Zeugen zur Hauptverhandlung laden werde; für diesen Fall hält sie das Gegenzeugnis des mit X z. B. in derselben Werkstatt arbeitenden Y für erforderlich. Die Ladung an Y könnte recht wohl bedingt lauten: Im Falle X sich als Zeuge zur Hauptverhandlung begebe, solle auch Y erscheinen. Entsprechend wäre ein bedingter Beweisantrag denkbar, etwa: „Falls das Gericht den vom Staatsanwalt beantragten Belastungsbeweis zu erheben beschliessen sollte, beantrage ich, ausserdem die Vernehmung der Zeugen X und Y zu beschliessen." Auch die Anordnung einer Vorführung könnte sogleich bei Ablassung der Ladung bedingt für den Fall getroffen werden, dass der Zeuge der Ladung nicht Folge leiste[1]). Ebenso könnte die Wahl eines Verteidigers bedingt sein. Z. B. der Vater des Angeklagten überträgt die Verteidigung dem Rechtsanwalt X für den Fall, dass nicht etwa schon der Angeklagte selbst einen anderen Verteidiger angenommen haben sollte. Es ist auch nicht abzusehen, weshalb Rechtsmitteleinlegungen nicht sollten bedingt sein können[2]). Denkbar wäre z. B. eine Erklärung des Inhalts: „Für den Fall, dass der Mitangeklagte A Revision einlegen sollte, lege ich das Rechtsmittel ebenfalls ein"; oder: „für den Fall, dass mein Verteidiger nicht schon Revision eingelegt haben sollte, lege ich Revision ein." Auch die Zurücknahme eines Rechtsmittels oder der Verzicht auf ein solches können bedingt sein[3]).

Mehrfach in der Literatur behandelt worden ist die Zulässigkeit von Bedingungen beim Strafantrage. Richtiger Ansicht nach sind dem an die Spitze gestellten Prinzipe gemäss bedingte Strafanträge nach Massgabe der Bedingung für gültig zu erachten[4]).

In allen diesen Fällen ist die Prozesshandlung natürlich solange, als die Suspensivbedingung nicht eingetreten ist, als nicht geschehen zu behandeln. Andererseits ist, wenn die Bedingung eingetreten ist, die Prozesshandlung wirksam geworden. Eine Rückziehung der Bedingung wird freilich nicht anzunehmen sein. Eine bedingte Rechtsmitteleinlegung oder ein bedingter Strafantrag würden daher nur dann zu Kräften kommen, wenn die Bedingung noch in der Rechtsmittel- bezw. Antragsfrist sich erfüllte[5]).

---

[1]) John I, 523; Löwe 5 zu § 48. Dagegen Bennecke 332 Anm. 9, weil dabei die Entscheidung über die Unentschuldbarkeit des Ausbleibens und den Eintritt des Zwanges in die Hände des Exekutivbeamten, „d. h. eines subalternen Beamten" (vielmehr meist eines Unterbeamten) gelegt werde. Aber eine *causae cognitio* hat jeder Exekutivbeamte bei Ausführung einer Anordnung ohnehin.

[2]) Dagegen R. III, 490; Binding, Grdr. 239; Bennecke 718; Ullmann 586.

[3]) A. M. Löwe 4b zu § 344; Bennecke 725 Anm. 41.

[4]) Frank VI zu § 61; Köhler, Lehre vom Strafantrag 110—114. Vgl. auch Klebs, G.A. XIX, 576. A. M. die Meisten; so Nessel, Antragsberechtigungen 49; v. Liszt § 44 III 5; Binding I, 656; Hälschner I, 717; Olshausen 44, 45 zu § 61; H. Meyer § 43 bei Anm. 57; auch E. VI, 152, XIV, 96.

[5]) Übereinstimmend Köhler a. a. O.

Aber es giebt auch Prozesshandlungen, die die Hinzufügung einer Bedingung nicht vertragen.

So müssen eine bedingte Klageerhebung[6]), ein bedingter Eröffnungsbeschluss, ein bedingtes Urteil (etwa: „für den Fall, dass innerhalb der Antragsfrist ein gültiger Strafantrag gestellt wird", oder: „für den Fall, dass der noch zu vernehmende Zeuge X die und die Thatsache bekundet") für unzulässig gehalten werden[7]), und dies wird verallgemeinert auszudehnen sein auf alle Akte, welche ihrem Wesen nach unverzüglich zu wirken bestimmt sind, sodass ein Schwebezustand der auf stetiges Fortschreiten gerichteten Tendenz des Verfahrens zuwiderlaufen würde.

Dass die Hinzufügung einer sogenannten *condicio juris,* einer Bedingung, die sich bereits aus dem Gesetz ergiebt, die Gültigkeit der Willenserklärung nicht in Frage stellt, bedarf keiner weiteren Ausführung[8]).

II. Alternative Willenserklärungen werden prinzipiell nicht minder wie bedingte Willenserklärungen auch im Prozess zuzulassen sein, z. B. der Antrag, „den Zeugen X oder den Zeugen Y" zu vernehmen. Selbst die Anklage wird durch Alternativität nicht vitiiert werden (etwa Beschuldigung des Diebstahls oder der Unterschlagung), vorausgesetzt, dass eine und dieselbe Strafsache in Frage steht, und die Alternativität nur die juristische Würdigung der That betrifft[9]).

Als unzulässig muss aber jede alternative Entscheidung des Gerichts gelten, denn eine alternative Entscheidung ist wegen mangelnder Bestimmtheit eben keine Entscheidung. Deshalb darf der Urteilstenor kein „oder" in sich schliessen; eine Verurteilung z. B. „wegen Diebstahls oder Unterschlagung" wäre nichtig. Hätte das Gericht Zweifel, ob der Angeklagte den Gewahrsam der Sache erst durch Diebsgriff erlangte oder ob er ihn schon hatte, so bliebe nur übrig,

[6]) Z. B. eine Widerklage „für den Fall, dass der Erstangeklagte verurteilt werden sollte". Bennecke 649 Anm. 12; Löwe 7 zu § 428.

[7]) Auch die sog. „bedingte Verurteilung" würde, wenn sie eingeführt würde, keine Ausnahme von dem oben Gesagten sein. Das Gericht würde unbedingt zu verurteilen haben und lediglich mit dem Urteil einen bedingten Straferlass verbinden. Der Ausdruck „bedingte Verurteilung" ist deshalb auch in der Literatur mit Recht mehrfach angefochten worden.

[8]) Beispiel: Incidentanklage unter der Bedingung, dass das Gericht die That nicht als Verbrechen auffasse, vgl. den Fall E. XXIII, 33.

[9]) Das Reichsgericht hat E. XXVI, 155 noch weitergehend sogar eine Anklage unbeanstandet gelassen, die sich alternativ auf eine von zwei Thaten richtete, und die Sache einfach so behandelt, als seien dadurch beide Thaten rechtshängig geworden. Diese Auffassung beseitigt die Alternativität der Anklage durch umdeutende Interpretation des Willens, der sich in ihr äussert. Solche Interpretation kann zutreffen. Wo sie zutrifft, ist natürlich kumulative Verurteilung wegen beider Thaten möglich. Da, wo der Ankläger solche kumulative Verurteilung ausgeschlossen wissen wollte, kann aber die reichsgerichtliche Auffassung nicht Stich halten.



freizusprechen, möchte selbst das Gericht voll überzeugt davon sein, dass Diebstahl oder Unterschlagung jedenfalls vorliege. Selbst insoweit das Gesetz mehrere Thatbestände unter einer sie alle umschliessenden Bezeichnung zusammenfasst, kann eine alternative Feststellung nur da zur Verurteilung führen, wo die mehreren Thatbestände als völlig gleichwertig erscheinen, wo also die mehreren Thatbestände als durch ein *„sive"* verbunden zu denken sind (z. B. § 223a St.G.B. „Messer oder anderes gefährliches Werkzeug"). Wo hingegen jeder der Thatbestände für sich separate Bedeutung beansprucht, kann alternative Feststellung des einen oder des anderen nicht zur Verurteilung führen, so z. B. ist es nicht möglich, wegen schweren Diebstahls zu verurteilen, wenn unklar bleibt, ob Einbruchs- oder Einsteigediebstahl vorliegt[10]. Man darf nicht einwenden, dass diese Alternativität ja den Tenor unberührt lasse, werde doch im einen wie im anderen Falle „wegen schweren Diebstahls" verurteilt. Diese Argumentation wäre deshalb trügerisch, weil der „schwere Diebstahl" kein einheitlicher Begriff ist.

Keine Unbestimmtheit darf ferner im Urteil obwalten bezüglich der Identität der That, auf die es sich bezieht. Es kann daher zwar, wenn bei einer That z. B. das Datum unklar bleibt, gleichwohl verurteilt werden mit der Begründung, dass die That entweder am 15. oder am 16. erfolgt sei. Liegen aber 2 Thaten vor, so kann eine Verurteilung nicht wegen „der einen oder der anderen" ausgesprochen werden, mag auch feststehen, dass eine dieser Thaten strafbar war[11].

Dagegen muss die Alternativität wiederum als zulässig erachtet werden, wenn sie nicht die Entscheidung selbst, sondern nur die Begründung ergreift. So in dem Falle, dass freigesprochen wird wegen eines oder eines anderen Grundes (z. B. weil Notwehr oder Notstand vorliegt). So in dem Falle, dass bei einer Verurteilung Thatumstände, die nicht zum gesetzlichen Thatbestande gehören, nur alternativ festgestellt werden; der Angeklagte kann auf Grund der Feststellung, dass er entweder den X oder den Y getötet habe, verurteilt werden[12]. Hierher gehört aber auch der Fall,

---

[10]) Ebenso E. XXIII, 47; Wagener G.A. XLIV, 127 (der aber die Zulassung alternativer Verurteilung *de lege ferenda* empfiehlt).

[11]) E. XXVI, 155.

[12]) Das kann praktisch werden z. B. in dem Falle, wenn zwei Wilderer A und B von einander unabhängig jeder einen Jäger getötet haben, ohne dass doch klargelegt werden kann, ob A den X und B den Y, oder aber A den Y und B den X getötet hat.

dass der gesetzliche Thatbestand selbst bereits ein „oder" im Sinne von *sive* enthält. Stellt sich in der Hauptverhandlung heraus, dass der Angeklagte den X mit einem stählernen Gegenstande geschlagen, ohne dass indess klar wäre, ob dieser Gegenstand ein Messer oder ein Schlüssel („anderes gefährliches Werkzeug") war, so würde dieser Zweifel der Verurteilung wegen gefährlicher Körperverletzung nicht im Wege stehen; die Alternative würde das Ergebnis nicht berühren[13]. Ebenso könnte eine Verhaftung mit der Begründung verhängt werden, dass entweder Fluchtverdacht oder Kollusionsverdacht vorliege u. s. w.

Das vorstehend Ausgeführte erfährt seine Bestätigung durch die Sätze über die Fragestellung im Schwurgericht[14]; denn das Gesagte gilt unmittelbar auch für den Spruch der Geschworenen, und demnach mittelbar für die dem Spruch die Wege weisenden „Fragen" des Gerichts an die Geschworenen.

III. Gültig und wirksam ist nur dasjenige Rechtsgeschäft, bei dem die *essentialia negotii* vorliegen. Fehlt eines der Begriffsmerkmale, so ist das scheinbare Rechtsgeschäft in Wahrheit unstichhaltig[15]. Wollte man dies leugnen, so würden die für die Rechtsgeschäfte aufgestellten Begriffsbestimmungen wertlos werden.

Das Vorstehende führt unmittelbar zu dem Begriff der Nichtigkeit von Rechtshandlungen. Die herrschende Theorie und Praxis leugnen diesen Begriff für den Strafprozess, insonderheit für Urteile[16]. Aber wenn man von Merkmalen z. B. der „Anklage", des „Eröffnungsbeschlusses", des „Urteils", der „Revisionseinlegung" spricht, so drückt man dadurch aus, dass alles, was diese Merkmale nicht an sich trägt, eben nicht „Anklage" u. s. w. ist[17]. Mit der Bezeichnung „nichtig" wird ein solcher Akt dann belegt, wenn er an sich scheinbar die Merkmale aufweist. Deshalb kann auch unserer Auffassung gegenüber der Umstand nicht ins Gewicht fallen, dass die Nichtigkeit im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt ist.

---

[13]) Mit dem Vorstehenden im Resultat übereinstimmend die Judikatur des Reichsgerichts; vgl. R. I, 777, III, 815; E. XI, 103, XII, 351, XXII, 216, XXIII, 47.

[14]) Unten § 124 V.

[15]) Dagegen macht die blosse „Ungerechtigkeit" eine Prozesshandlung nicht ungültig. Bierling Z. X, 306, Anm. 18.

[16]) So Bennecke oben 13 Anm. 1, 16 Anm. 25; v. Kries 708. Vgl. auch Zachariae II, 587—588. Es ist nicht das geringste der Verdienste von Binding (Grdr. 230), die herrschende Lehre als grundirrig angegriffen zu haben.

[17]) Nur muss natürlich zwischen den begriffswesentlichen und den accessorischen Merkmalen unterschieden werden, vgl. z. B. unten § 114 bezüglich des Eröffnungsbeschlusses.

Überdies giebt es wenigstens vereinzelte gesetzliche Bestimmungen, welche zeigen, dass der Gedanke an Nichtigkeit keineswegs dem Gesetz fremd ist. Hierher gehört § 20 St.P.O.: „Die einzelnen Untersuchungshandlungen eines unzuständigen Gerichts sind nicht schon dieser Unzuständigkeit wegen ungültig." Diese Untersuchungshandlungen können also im Sinne des Gesetzes recht wohl aus anderen Gründen „ungültig" sein. Zur Unterstützung kann auch C.P.O. § 226 (N.C.P.O. § 249) Abs. 2 herangezogen werden, wo ebenfalls von Prozesshandlungen die Rede ist, die „ohne rechtliche Wirkung", also eben in Wahrheit keine Prozesshandlungen sind.

Die Nichtigkeitsgründe lassen sich in 3 Gruppen teilen[18]):

1. Nichtig ist eine scheinbare Prozesshandlung dann, wenn eins der allgemeinen Merkmale einer „Handlung" fehlt; so

a) wenn ein vorhandener Handlungswille nicht oder ungenügend erklärt worden ist.

Hierher gehört z. B. der Fall, dass das Erklärte in sich widersprechend, perplex war. Ich entnehme der Praxis den Fall, dass eine Urteilsformel verkündet worden war, in der die formularmässig vorgedruckten Worte „schuldig", „nichtschuldig" nebeneinander stehen geblieben waren. Ferner würde hierher der Fall gehören, dass das verkündete Urteil etwa auf „10 Mark Gefängnis" lautete.

Dagegen würde die versehentliche oder absichtliche Übergehung des einen oder anderen der Entscheidung unterbreiteten Punktes ein Urteil nicht nichtig machen, das unfreiwillige Teilurteil würde Gültigkeit haben wie ein Vollurteil[19]).

b) Die Nichtigkeit kann sich aber auch auf ein Fehlen des Willens gründen (vgl. oben § 75 II 2).

So würde z. B. das erzwungene Urteil nur ein Scheinurteil sein, ebenso das infolge Irrtums von dem Gewollten abweichende verkündete Urteil. Würde z. B. der festgenommene A sich den Namen des B beigelegt haben und unter diesem Namen verurteilt worden sein, so würde das Urteil nichtig sein, denn eine Verurteilung des A wäre nicht erklärt, und eine solche des B nicht gewollt[20]). Ebenso läge Nichtigkeit bei einem Geschworenenspruche vor, wenn etwa der Obmann der Geschworenen versehentlich die Antworten auf die Fragen mit einander vertauscht hätte, sodass eine Frage, die die Geschworenen verneinen wollten, bejaht erschiene und umgekehrt.

Dagegen würde eine durch Drohung im Wege der psychischen Motivation herbeigeführte Prozesshandlung nicht nichtig sein: *Coactus voluit*[21]). (Nur würde

---

[18]) Diese Teilung ist m. W. bisher noch nicht gemacht, dürfte aber evident sein. Die Scheidung, die das B.G.B. zwischen „nichtig" und „unwirksam" vornimmt, dürfte für das Prozessrecht nicht verwertbar sein.

[19]) Ergänzung ist ausgeschlossen (oben § 61 IV 4).

[20]) Vgl. Pfizer GS. LVI, 65.

[21]) In einem in GA. XLI, 384 berichteten Falle hatte der Angeklagte in der Hauptverhaudlung mit Rücksicht darauf, dass sein Verteidiger nicht geladen und nicht zur Stelle war, Vertagung verlangt, dann aber seinen Antrag zurückgezogen, weil ihm der Staatsanwalt für den Fall der Vertagung die Untersuchungshaft in Aussicht stellte. Das Verhalten des Staatsanwalts war zweifellos sehr bedenklich (vgl. auch unten § 78 IV), auch hätte das Gericht sich bei dem Verzicht des Angeklagten auf Verbeistandung durch den Verteidiger nicht beruhigen sollen. Gleichwohl war dieser Verzicht an sich gültig, und das ergangene Urteil nicht nichtig, sondern nur anfechtbar.

natürlich eine Anfechtung durch Rechtsmittel sich auf die Thatsache der Drohung stützen können).

c) Fehlt die Handlungsfähigkeit, so liegt eine gültige Prozesshandlung nicht vor. Das von einem geisteskranken Richter gesprochene Urteil wäre nichtig.

2. Nichtig ist eine Prozesshandlung ferner dann, wenn ihr die begriffswesentlichen Merkmale einer Prozesshandlung fehlen. Begriffswesentlich für das Vorliegen einer Prozesshandlung ist aber das Gegebensein aller derjenigen Prozessvoraussetzungen, die zum Zustandekommen eines gültigen Prozessverhältnisses unbedingt erforderlich sind[22]). Denn die einzelne Prozesshandlung ist ja nur als Glied einer Kette von Handlungen gedacht.

Deshalb wären alle strafprozessualen Akte nichtig, die in einer dem Strafprozess entzogenen Sache vorgenommen würden (z. B. das Urteil einer Strafkammer über eine aktive Militärperson[23]); alle solchen gerichtlichen Akte, die in einer Strafsache von Seiten eines dazu nicht berufenen Wesens, eines „Nichtgerichts", vorgenommen würden[24]) (z. B. ein Strafurteil, das von einer Gemeindeversammlung, einem Kreisausschusse, oder im Wege der Kabinetsjustiz von einem Fürsten persönlich gefällt wäre, oder die Anklageerhebung etwa eines Amtsvorstehers, oder die von einem zum Hülfsrichter bestellten Referendar entgegen dem § 2 Abs. 3 Preuss. A.G.V.G. gefällten Urteile) wozu auch die Akte eines sachlich[25]) unzuständigen Gerichts gehören (Erledigung einer Schwurgerichtssache durch ein Schöffengericht; Erledigung einer Revision durch ein Oberlandesgericht statt durch das Reichsgericht[26])). Nichtig wären ferner alle prozessualen Akte gegen ein nicht parteifähiges Wesen[27]) (etwa die kriminelle Verurteilung des Gesangvereins „Liedertafel" wegen ruhestörenden Lärms). Nichtig wären alle Prozessakte bei Mangel des Strafklagerechts (z. B. eine Verurteilung wegen Hausfriedensbruchs bei Mangel eines Strafantrages; ein zweites Strafurteil über einen bereits rechtskräftig abgeurteilten Strafanspruch[28]) u. s. w.

3. Nichtig ist eine Prozesshandlung endlich auch dann, wenn ihr die begriffswesentlichen Merkmale (einschliesslich der essentiellen

---

[22]) Vgl. Ötker, Konkursrechtliche Grundbegr. 43.

[23]) Vgl. das Erkenntnis in E. XXVII, 143.

[24]) Vgl. Kohler, Prozess als Rechtsverhältnis 53 ff; Binding Grdr. 231; Ötker, Konkursrechtl. Grundbegr. 47; derselbe, Deutsches Wochenblatt IX, 87 ff; Bierling Z. X, 306 Anm. 17.

[25]) Die örtliche Zuständigkeit ist keine für das Zustandekommen des Prozessverhältnisses unbedingt wesentliche Prozessvoraussetzung, vgl. oben § 32).

[26]) Thatsächlich vorgekommen. E. XXII, 113; vgl. Frank Z. XIV, 433. Das oberlandesgerichtliche Urteil war nichtig. So richtig Binding, Grdr. 232 in trefflicher Ausführung: A. M. Reichsgericht a. a. O.; Löwe 1a zu 388.

[27]) Vgl. Ötker a. a. O. 48.

[28]) Ebenso Ötker a. a. O. 63. Unhaltbar die Auffassung von Bierling Z. X, 314 Anm. 23, das neue Strafurteil sei gültig, weil in ihm *implicite* die Aufhebung des alten liege. Das neue Strafurteil kann das alte gar nicht aufheben (abgesehen natürlich vom Wiederaufnahmeverfahren)!

Form) einer Prozesshandlung der bestimmten Art (z. B. einer Anklage, eines Urteils u. s. w.) fehlen [29]).

Nichtig wäre z. B. eine Anklageschrift, die etwa nur aus dem Satze „Ich ersuche um Eröffnung eines Privatklageverfahrens gegen X.“ bestünde. Ebenso ferner ein Urteil, das ohne Gegebensein der Urteilsvoraussetzungen [30]), d. h. insbesondere ohne vorgängige Anklage und Eröffnungsbeschluss (und ohne Vorliegen eines der Ausnahmefälle, in denen es einer Anklage oder eines Eröffnungsbeschlusses nicht bedarf [31]) gefällt wäre [32]). Desgleichen wäre nichtig eine Revisionseinlegung nach gültig erklärtem Rechtsmittelverzicht, denn letzterer hat das Verfahren geendigt und die nachträgliche Revision würde in der Luft schweben. Das Gleiche müsste gelten für die Wiederholung einer bereits gültig vorgenommenen und nicht wiederholbaren Handlung, z. B. doppelte Einlegung eines Rechtsmittels; solchenfalls würde die zweite Handlung u. s. w. keine Stätte finden, somit hinfällig sein [33]). Nichtig wäre ein Urteil, das derjenigen Bestandteile der Formel ermangelte, die begriffswesentlich sind [34]), indem es z. B. nur lautete: „Der Angeklagte wird verurteilt, und es werden ihm die Kosten des Verfahrens auferlegt.“ Da ferner die Hinzufügung einer Bedingung dem Wesen des Urteils widerstrebt [35]), so würde ein bedingtes Urteil nichtig sein. Die Bedingung vernichtet hier die Willenserklärung. Nichtig wäre ein nicht verkündetes, sondern lediglich zugestelltes Urteil [36]) [37]); ein auf eine unzulässige Strafart oder eine unzulässige Strafverschärfung lautendes Erkenntnis [38]).

Die aus irgend einem Grunde (1—3) nichtige Prozesshandlung ist unstichhaltig und in jeder Lage des Verfahrens als nicht geschehen anzusehen [39]).

Es kann zwar, soweit an sich einer der gewöhnlichen Rechtsbehelfe, insbesondere ein Rechtsmittel, zulässig ist, Abhülfe gegen die Nichtigkeit im Wege des betreffenden Rechtsbehelfs gesucht werden (Revision gegen das nichtige Urteil u. s. w.); aber auch sofern dies nicht geschehen ist, und noch mehr dann, wenn solche Abhülfe überhaupt nicht möglich war (Reichsgerichtsurteil), ist ohne Formalitäten das

---

[29]) Vgl. Bierling Z. X, 305—306 Anm. 17.

[30]) Unten § 93.

[31]) Unten §§ 111, 114.

[32]) Auch die H. M. verlangt hier wenigstens Einstellung des Verfahrens und lässt eventuell Anfechtung durch Rechtsmittel zu; vgl. Bennecke 502 Anm. 4; v. Kries 581; Löwe 6 zu § 201; R. VI, 64; E. X, 56, XXIV, 64.

[33]) So auch E. XXIV, 142.

[34]) So wohl auch Kroschel, Abfassung der Urteile in Strafsachen 15.

[35]) Oben S. 290.

[36]) Oben § 76 II und unten § 95.

[37]) Dagegen rechnet Bierling Z. X, 306 Anm. 17 mit Unrecht das nicht unterschriebene Urteil hierher. Die Unterschrift ist von Bedeutung nur für die Urteilsurkunde, nicht für das Urteil selbst.

[38]) Bierling Z. X, 291, 313 Anm. 22; Binding Grdr. 231; Olshausen 7; Oppenhoff 1 zu § 345 St.G.B.

[39]) Binding Grdr. 232.

Verfahren in gültiger Weise fortzusetzen, z. B. an Stelle des nichtigen Urteils ein gültiges zu erlassen[40]). Ebenso wäre, wenn die Geschworenenbank in nichtiger Weise (etwa ohne Gegenwart des Verteidigers) gebildet wäre, alsbald ohne weitere Formalität zur Bildung einer neuen Bank zu schreiten[41]).

In Rechtskraft können nichtige Entscheidungen nie erwachsen; die Nichtigkeit wird weder durch Zeitablauf, noch anderweit geheilt[42]). *Quod ab initio vitiosum, non potest tractu temporis convalescere.*

Zur Prüfung der Nichtigkeit oder Gültigkeit ist jede Behörde, die irgendwie mit der Sache befasst wird, berufen. Insbesondere dürfte auch die Staatsanwaltschaft oder der Amtsrichter ein nichtiges Urteil nicht vollstrecken lassen, widrigenfalls sie sich der Bestrafung nach St.G.B. § 345 aussetzten.

Eine kriminelle Feststellungsklage, gerichtet auf Feststellung der Nichtigkeit giebt es im geltenden Recht nicht[43]). *De lege ferenda* wäre aber ein Rechtsbehelf dringend wünschenswert, der, selbstverständlich unbefristet, auch formell eine Klarstellung der Nichtigkeit herbeiführte[44]).

IV. Die gültige Prozesshandlung wirkt nach Massgabe ihres Inhalts. Aber dieser Inhalt ist nicht auf das ausdrücklich Erklärte beschränkt, häufig liegt vielmehr in der Erklärung *implicite,* konkludent erklärt, noch mehr. Man kann dies als den latenten Inhalt der Prozesshandlungen bezeichnen[45]).

Dieser latente Inhalt ist besonders bei den gerichtlichen Entscheidungen von Wichtigkeit. Wenn z. B. das Gericht das Verfahren wegen fehlenden Antrags einstellt, so liegt darin ausgesprochen, dass die That sich nicht als Offizialdelikt, sondern eben nur als Antragsdelikt darstellt. Es wird also das Strafklagerecht vorbehaltlich

---

[40]) Eine solche „Berichtigung“ wäre also zulässig, vgl. dagegen unten § 97.

[41]) So auch R. IX, 522; Bennecke 579 Anm. 14. Hierin liegt eine Anerkennung des Begriffs der Nichtigkeit (nicht richtig Bennecke, wenn er a. a. O. von einer „Heilung des Fehlers“ spricht; die gültige Neuvornahme einer Prozesshandlung heilt nicht die vorhergegangene gleichartige Handlung, sondern dokumentiert im Gegenteil, dass Heilung nicht möglich war).

[42]) Im wesentlichen übereinstimmend Binding, Grdr., § 117; Plósz, Klagerecht, 113; Ötker, Konkursrechtl. Grundbegr., 49—50; Deutsches Wochenblatt IX, 87. Doch will Ötker den obigen Satz einschränken auf die Fälle, in denen die Ermächtigung des Gerichts zur Rechtsprechung völlig fehlte (Urteil eines Nichtgerichts, Urteil gegen ein Nichtrechtssubjekt u. s. w.); wohl aber solle die Rechtskraft die Voraussetzungen ergänzen, unter denen das Gericht ermächtigt war. Die Unterscheidung ist begrifflich nicht durchführbar.

[43]) Vgl. oben § 61 I S. 201.

[44]) Vgl. Ötker, Deutsches Wochenblatt IX, 87 ff.

[45]) Vgl. Ötker 631; ders., Konkursrechtl. Grundbegr., 48.

der Entscheidung über die Antragsdeliktseigenschaft der Handlnng negiert. Ähnlich ist die Bedeutung des im Privatklageverfahren ergehenden Sachurteils; mittels desselben entscheidet das Gericht *implicite* dahin, dass die That sich nicht als ein nur auf öffentliche Klage verfolgbares Delikt darstelle. Die Konsequenzen zeigen sich in der Lehre von der Rechtskraft[46]).

Der auf vorläufige Einstellung des Verfahrens aus § 203 St.P.O. lautende Beschluss enthält latent den Ausspruch, dass andere Gründe der Strafverfolgung nicht entgegenstehen, denn sonst hätte definitive Einstellung ausgesprochen werden müssen[47]). Das Gleiche gilt für die nach § 208 St P.O. erfolgende vorläufige Einstellung[48]).

## § 78.

### IV. Stellvertretung[1]); Widerruf; Verzicht; Vergleich.

I. Inwieweit bei den behördlichen Prozesshandlungen eine Vertretung eines Richters, eines Staatsanwalts u. s. w. zulässig ist, richtet sich nach der Gerichtsverfassung.

Für die Handlungen von Privatpersonen wird als Prinzip gelten müssen, dass

1. die strafprozessualen Handlungen derart höchstpersönlich sind, dass jedenfalls eine gewillkürte[2]) Vertretung im Willen prinzipiell ausgeschlossen ist[3]).

Unzulässig wäre es z. B., dass der Angeklagte einem Mitangeklagten die Entscheidung darüber überliesse, ob dieser in jenes Namen ein Rechtsmittel einlegen wolle. Für unzulässig muss ferner die Erteilung einer Zustellungsvollmacht zur Empfangnahme von Schriftstücken angesehen werden[4]).

Für den Strafantrag wird vielfach die Zulässigkeit einer Vertretung im Willen wenigstens in gewissem Umfang behauptet[5]). Diese Ansicht läuft der wahren

---

[46]) Vgl. R. X, 245 und unten §§ 95, 98.

[47]) Konsequenz: Unterbrechung der Verjährung, E. XXI, 308; Bennecke 508 Anm. 7, Löwe 5 zu § 203.

[48]) Also auch sie unterbricht die Verjährung; Binding I, 852 Anm. 16; E. XXI, 308; Löwe 10 zu § 208; John II, 727; Bennecke 510 Anm. 15.

[1]) Die Frage nach der Stellvertretung ist bisher, soviel ich sehe, fast nirgends in der Judikatur vom prinzipiellen Standpunkt aus behandelt, sondern nur kasuistisch, sodass einander widersprechende Entscheidungen möglich wurden. (Zulassung der Stellvertretung in der Erklärung beim Strafantrag, Verpönung der Stellvertretung in der Erklärung bei Rechtsmitteleinlegung u. s. w.) In der Literatur steht es ebenso. Eine Ausnahme macht die Tübinger Dissertation von Barnau, Stellvertretung im Strafrecht und Strafprozess, 1890.

[2]) Nur die gewillkürte Stellvertretung kommt hier in Frage. Über die gesetzliche Vertretung s. oben § 49 (Bennecke), § 65 II.

[3]) Barnau 44.

[4]) E. XIX, 390; Bennecke 425 Anm. 14. — Ausnahmen: St.P.O. §§ 119, 418, unten b).

[5]) So namentlich soll demjenigen, der ein Vermögen eines Anderen verwaltet, von dem Eigentümer mit der Vermögensverwaltung gleichzeitig die Entschliessung über Stellung von Strafanträgen bei Delikten gegen das Vermögen übertragen

Natur des Strafantrags zuwider. Entschlägt sich der (antragsfähige) Antragsberechtigte der eigenen Entschliessung darüber, ob Strafantrag gestellt werden soll oder nicht, indem er diese Entschliessung einem anderen überlässt, so zeigt sich evident, dass er an der Verfolgung des Thäters eben nicht das Interesse hat, welches als Bedingung des staatlichen Strafklagerechts erscheint[6]). Ganz verfehlt ist es, hiergegen auf die „Stellvertretung" juristischer Personen durch ihre Organe hinzuweisen[7]); Organschaft ist nicht Stellvertretung. Eine Vertretung im Willen ist vielmehr richtiger Ansicht nach auch beim Strafantrag in vollem Umfang ausgeschlossen[8]).

Nur insoweit kann die Willensentschliessung eines Anderen an Stelle des eigentlich zur Handlung Legitimierten für wirksam gelten, als

a) ein Verteidigungsverhältnis vorliegt[9]) (z. B. der Angeklagte überlässt seinem Verteidiger die Ablehnung oder Nichtablehnung von Geschworenen, die Entschliessung über Einlegung eines Rechtsmittels u. s. w.); oder

b) die St.P.O. selbst ausdrücklich von „Vertretung" spricht (§§ 119, 233, 322, 418, 474, 451, 457, 478, 390)[10]).

2. Dagegen wird die Stellvertretung in der Erklärung im allgemeinen für zulässig zu erachten sein, da die Art und Weise, wie der Prozesshandlungswille in die Erscheinung tritt, regulär unerheblich ist[11]).

Es muss z. B. für zulässig gehalten werden, dass der Angeklagte ein Rechtsmittel durch eine Mittelsperson zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklären lässt[12]), vorausgesetzt, dass die Mittelsperson lediglich mechanisch den Willen des Angeklagten übermittelt. Zulässig ist ferner auch die Stellung eines Strafantrages durch einen mit der Erklärung beauftragten Boten[13]).

In den Fällen einer solchen Vertretung in der Erklärung wird natürlich die Prozesshandlung nur dann beachtlich sein, wenn das Vertretungsverhältnis zweifellos ist; einer schriftlichen Bevollmächtigung bedarf es aber nicht[14]).

---

werden können. So Barnau 19 ff.; v. Liszt § 44 bei Anm. 8; Olshausen 17 zu § 61; Bolze G.S. XXXII, 433; E. II, 145; XIX, 6; XXI, 231; Köhler, Lehre vom Strafantrag 65.

[6]) Vgl. oben § 64 I S. 223.

[7]) So Barnau 21.

[8]) Richtig Rubo zu § 61; Holzapfel G.A. XXX, 428; Herzog G.S. XXXIII, 401; besonders aber Binding I, 652—654.

[9]) Vgl. oben § 43 S. 135 (Bennecke); Barnau 30; Bennecke 584.

[10]) Vgl. oben § 49 S. 155 (Bennecke); Barnau 36 ff.; v. Kries § 34 S. 248.

[11]) Nur muss eine wirkliche Übertragung der Erklärungsbefugnis stattgefunden haben; *negotiorum gestio* und vermutete Vollmacht genügen nicht; Barnau 18.

[12]) A. M. E. IX, 80.

[13]) So die gemeine Meinung. E. I, 387, II, 145; Rubo 6 zu § 61; Nessel, Antragsberecht. 53; H. Meyer § 43 bei Anm. 67; Herzog G.S. XXXIII, 394; Holzapfel G.A. XXX, 434; Bolze G.S. XXXII, 435; v. Liszt § 45 III 1 c a. E.; Barnau 17.

[14]) So bezüglich des Strafantrages Preuss. Obertrib. 1862, Oppenhoff II, 300; R. I, 162, II, 625; E. III, 425, XIX, 7; H. Meyer § 43 bei Anm. 68; Barnau 17; Löwe 11 zu § 156 St.P.O.

Von einer Vertretung in der Erklärung lässt sich offenbar aber nur da sprechen, wo dem Bevollmächtigten keine eigenen Entschliessungen über das „Ob" der Abgabe der Erklärung überlassen sind; deshalb ist eine im voraus erteilte Generalvollmacht nicht genügend [15]).

II. Über die Zulässigkeit eines Widerrufs der Prozesshandlungen von Seiten des Handelnden enthält die St.P.O. keine ausdrückliche allgemeine Bestimmung.

Doch wird sich nicht bezweifeln lassen, dass solche Prozesshandlungen, die sich als Ausübung (Geltendmachung) eines Rechts darstellen, grundsätzlich zurücknehmbar sind. So kann z. B. die Strafklage zurückgenommen werden, wenn auch nur zeitlich beschränkt (St.P.O. §§ 154, 431); desgleichen ein eingelegtes Rechtsmittel (St.P.O. § 344) [16]).

Ferner werden die bloss laufenden Entscheidungen des Gerichts (unten § 81 III 2) als zurücknehmbar angesehen werden müssen, insoweit nicht die unten [17]) darzustellenden Ausnahmsfälle vorliegen.

Ausserdem enthält die St.P.O. vereinzelt Sonderbestimmungen, z. B. in § 348 Abs. 2 [18]), 283 Abs. 3.

Insoweit aber die vorstehenden Fälle nicht vorliegen, wird als Regel zu gelten haben, dass die einmal gültig vorgenommene Handlung für den Handelnden unwiderruflich ist.

Dies trifft insbesondere zu für alle Urteile. Ist das Gericht durch Irrtum zu seinem Urteile gelangt, hat es z. B. wegen einfachen Diebstahls verurteilt, und stellt sich nachher heraus, dass Rückfall-

---

[15]) So bezüglich des Strafantrages Herzog G.S. XXXIII, 389; Holzapfel G.A. XXX, 428; Binding I, 652; H. Meyer § 43 bei Anm. 69; John II, 305; Bennecke 443 Anm. 32; A. M. insbes. E. XIX, 7, XXI, 231; Bolze G.S. XXXII, 440; Olshausen 17 zu § 65.

[16]) Vgl. auch oben § 67 S. 237 ff.

[17]) § 100.

[18]) Danach kann das Gericht seine durch einfache Beschwerde angegriffene Entscheidung abändern. Diese Abänderungsbefugnis gilt für die mit einfacher Beschwerde angreifbaren Entscheidungen auch dann, wenn *in concreto* Beschwerde nicht eingelegt ist, Bennecke 730 Anm. 20; Löwe 5a, Puchelt 5; v. Bomhard 4; Stenglein 3 zu § 348; v. Schwarze H.H. II, 259; Geyer 799; R. VIII, 150; v. Kries 699; Ullmann 624. (A. M. Keller 4 zu § 348.) Selbst nachdem das Beschwerdegericht die Beschwerde verworfen hat, kann das Untergericht immer noch seine Entscheidung (dagegen natürlich nicht die des Beschwerdegerichts) ändern. Wohl aber ist das Beschwerdegericht selbst in der Lage, seine Entscheidung ändern zu können; so v. Schwarze H. H. II, 259; Löwe 5b zu § 348; dagegen Bennecke 730 Anm. 20; v. Kries 700; Ullmann 624; Stenglein 3 zu § 348.

diebstahl vorlag, so lässt sich Abhülfe nur nach Massgabe der etwa zulässigen Rechtsmittel schaffen.

(Anders liegt die Sache natürlich, wo ein „Geschäftsirrtum“ vorlag, der das Zustandekommen eines gültigen Urteils hinderte, oben § 77 III 1 b. In solchen Fällen ist das nichtige Urteil von dem Gericht für nichtig zu erklären und ein neues gültiges Urteil zu erlassen).

III. Die prozessualen Rechte müssen grundsätzlich ales verzichtbar gelten. Ihre öffentlichrechtliche Natur steht dem nicht entgegen.

So kann z. B. der Angeklagte im allgemeinen auf die Ladung oder Zuziehung seines Verteidigers in der Hauptverhandlung verzichten[19]); ebenso auf die Einhaltung der Ladungsfrist, auch auf Ladung überhaupt[20]), auf die Benachrichtigung von kommissarischen Terminen[21]). Verzichtbar sind ferner die Rechtsmittel, St.P.O. § 344.

Unwirksam ist der Verzicht jedoch bei einer überaus grossen Zahl von Prozesshandlungen aus besonderen Gründen.

So wird das Strafklagerecht als unverzichtbar aufzufassen sein, weil sich ein Verzicht faktisch nicht bewirken lässt. Es muss nämlich daran festgehalten werden, dass ein Verzicht nur da angebracht werden kann, wo die Rechtsausübung vorzunehmen wäre. Auf das Strafklagerecht könnte also nur bei Gericht verzichtet werden; den Gerichten fehlt aber die Legitimation, solche Verzichtserklärung entgegenzunehmen. Würde aber der Verzicht dem Beschuldigten gegenüber erklärt, so würde er, insoweit es sich um die öffentliche Klage handelt, schon desswegen wirkungslos sein, weil die Staatsanwaltschaft zur Verzichtleistung auf das Strafklagerecht nicht ermächtigt ist. Der Privatkläger aber würde durch eine dem Beschuldigten gegenüber abgegebene Erklärung nur eine obligatorische Pflicht auf sich nehmen, die Klageerhebung zu unterlassen, ohne dingliche Wirkung. Nur in dem Falle, dass der Verzicht vor der Sühnebehörde erklärt worden ist (St.P.O. § 420), wird seine Stichhaltigkeit anzunehmen sein; die Sühnebehörde ist ja gerade dazu da, um drohenden Klageerhebungen vorzubeugen.

Als unverzichtbar muss ferner das Recht auf Stellung eines Strafantrages gelten[22]) aus dem Grunde, weil die Antragstellung ihrem Wesen nach selbst ein Verzicht ist[23]).

Unwirksam ist ein Verzicht endlich überall da, wo es sich um Einhaltung von Prozessvorschriften handelt, die nicht lediglich dem Interesse einer Partei dienen.

---

[19]) Bennecke 519—520.

[20]) Bennecke 519 Anm. 19. R. I, 230, 299, 743, V, 629.

[21]) Bennecke 522; E. IV, 301, R. V, 535, VI, 624, VIII, 731.

[22]) Ebenso die H. M., besonders v. Liszt § 44 III, 5; Olshausen 49b zu § 61; Binding I, 647; Reber, Antragsdelikte 536 ff.; Hälschner I, 722; Köhler Lehre vom Strafantrag, 164; Frank IX zu § 61; auch E. III, 221; X, 221; R. III, 181; Köllner, Kann bei Delikten u. s. w. der Beschuldigte die Bestrafung . . . . durch Privatvergleich abwenden? Diss. 1889, S. 11 ff.; H. Meyer § 43 bei Anm. 37; A. M. von Schwarze, Sächs. G.-Ztg. XV, 170; XVII, 39; G.S. XXV, 256; v. Bar G.A. XIX, 646.

[23]) Oben 229 bei Anm. 21.

sondern im öffentlichen Interesse gegeben sind. Aus diesem Grunde würde z. B. der Verzicht des Angeklagten auf Ladung seines Verteidigers oder auf Gegenwart desselben im Falle der notwendigen Verteidigung unbeachtlich sein[24]).

IV. Insoweit ein prozessual Berechtigter auf sein Recht nicht verzichten kann, kann er sich auch nicht darüber vergleichen.

So giebt es z. B. keinen Vergleich über die Strafantragstellung[25]).

Insoweit er dagegen auf sein Recht verzichten kann, kann er sich erst recht darüber vergleichen[26]). Dies folgt *per argumentum a fortiori*.

Vorkommen werden derartige Prozessvergleiche freilich wohl nur im Privatklageverfahren. Der Stellung der Staatsanwaltschaft würde ein Paktieren mit dem Beschuldigten über Prozesshandlungen zuwiderlaufen[27]). Dagegen ist es recht wohl denkbar, dass der Privatklageberechtigte und sein Gegner, sei es vor, sei es nach Anhängigwerden der Klage sich gegenseitige Zugeständnisse machen; z. B. vor dem Schiedsmann erklärt der Klageberechtigte, dass er keine Klage erheben wolle, wohingegen der Beleidiger einen Betrag an die Armenkasse zu zahlen verspricht; oder in der Hauptverhandlung erklärt der Angeklagte sich zur Kostentragung bereit, der Kläger zur Klagezurücknahme; oder nach dem Urteil der ersten Instanz verzichten die Parteien gegenseitig auf Rechtsmittel.

Es ist dabei aber zu beachten, dass regelmässig der zwischen den Parteien geschlossene Vergleich als solcher lediglich obligatorische Verpflichtungen der Parteien ohne dingliche Wirkung erzeugt. Für das Gericht bleibt massgebend nur das Handeln der Parteien ihm gegenüber. Würde der Kläger, der in der Hauptverhandlung versprochen hat, die Klage alsbald nach erfolgter Kostenerstattung zurückzunehmen, die Zurücknahme vertragswidrig nicht erklären, oder würde die Partei, die dem Gegner versprochen hat, kein Rechtsmittel einzulegen, sich gleichwohl eines solchen bedienen, so würde das Ver-

---

[24]) Vgl. zum Vorstehenden noch Birkmeyer 74.

[25]) Köllner, Kann bei Delikten . . . der Beschuldigte die Bestrafung durch . . . Privatvergleich abwenden? S. 11 ff.; H. Meyer § 43 Anm. 37; Olshausen 20 zu § 64; Blome G.A. XLI, 24; Geyer 860. A. M. Bennecke 641; Löwe 5a; Stenglein 4; Keller 8; Puchelt 7 zu § 420; v. Kries 725.

[26]) Die landesrechtlichen Vorschriften betr. den Vergleich bei strafbaren Handlungen (z. B. §§ 415, 416 I 16, § 8 I 4 Preuss. A.L.R.), die von Köllner a. a. O. S. 8, herangezogen werden, müssen gemäss § 6 E.St.P.O. ausser Betracht bleiben. — Die Bestimmungen des B.G.B. über den Vergleich kommen deshalb nicht in Betracht, weil die im Text erörterte Frage nicht civilrechtlicher Natur ist. In dieser Hinsicht ist unzutreffend das im übrigen richtige Urteil des IV. Civilsenats des Reichsgerichts vom 8./24. Oktober 1898, D. Jur.-Ztg. IV, 133. Unrichtig auch Möllenhoff. Zulässigkeit und Wirksamkeit des Vergleichs, 5; Frese Z. XII, 824 ff. Umgekehrt will Gorden G.A. XLV, 21, Anm. 1, einen „Vergleich“ in Strafsachen überhaupt nicht als zulässig anerkennen.

[27]) Ein Beispiel solch unerlaubten Paktierens bietet der Fall in G.A. XLI, 384.

fahren ohne Rücksicht auf den Vergleich seinen Fortgang zu nehmen haben[28]).

Ausnahmsweise wird nur der vor der Sühnebehörde abgegebenen Erklärung dingliche Wirkung zuzugestehen sein[29]).

## § 79.

### V. Die Zeitbestimmungen im Prozess.

I. Für das prozessuale Handeln steht zunächst grundsätzlich das ganze Jahr frei ohne Rücksicht auf den Wechsel der Jahreszeiten und Monate.

Auch die Zeit der Gerichtsferien bildet in Strafsachen keine Ausnahme: Strafsachen sind Feriensachen, G.V.G. § 202[1]. Nur können zu ihrer Erledigung Ferienstrafkammern und Ferienstrafsenate gebildet werden, G.V.G. § 203.

II. Die einzelnen Tage des Jahres sind grundsätzlich für die Vornahme der Prozesshandlungen gleich geeignet ohne Rücksicht auf ihre Benennung (Montag, Dienstag u. s. w.) oder Zählung (1., 2., 3. März u. s. w.); *„dies nefasti"* giebt es heute nicht mehr.

Wohl aber giebt es noch *„dies festi"*: die Sonntage und allgemeinen Feiertage. An diesen Tagen nämlich darf eine Zustellung, sofern sie nicht durch Aufgabe zur Post erfolgt, nur mit richterlicher Erlaubnis erfolgen, St.P.O. § 37, N.C.P.O. 188. Andere Prozesshandlungen können sehr wohl auch an Sonn- und Feiertagen vorgenommen werden[1]).

III. Keine Bedeutung für die Prozesshandlungen hat grundsätzlich der Wechsel von Tag und Nacht. Zwar werden sie naturgemäss, wie alles menschliche Handeln, überwiegend am Tage vorgenommen, rechtlich unstatthaft ist aber ein Handeln zur Nachtzeit nicht; es kann z. B. eine Hauptverhandlung in die Nacht hinein fortgesetzt, ein Beschuldigter nachts festgenommen, ein Rechtsmittel nachts eingelegt werden.

Eine gesetzliche Beschränkung besteht nur

1. für Zustellungen. Diese dürfen zur Nachtzeit nur mit richterlicher Erlaubnis bewirkt werden, St.P.O. § 37, N.C.P.O. § 188.

2. für Durchsuchungen der Wohnung, der Geschäftsräume und des befriedeten Besitztums. Solche dürfen zur Nachtzeit nur bei Verfolgung auf frischer That oder bei Gefahr im Verzug oder zwecks Wiederergreifung eines entwichenen Gefangenen ausgeführt werden, St.P.O. § 104 Abs. 1 (doch findet diese Beschränkung nach Abs. 2 daselbst auf gewisse Personen und Räume keine Anwendung)[2]).

In beiden Fällen versteht das Gesetz unter „Nachtzeit" in dem Zeitraume vom 1. April bis 30. September die Stunden von 9 Uhr abends bis 4 Uhr morgens, in dem Zeitraume vom 1. Oktober bis 31. März die Stunden von 9 Uhr abends bis 6 Uhr morgens, N.C.P.O. § 188 Satz 2, St.P.O. § 104 Abs. 3.

---

[28]) A. M. Köllner a. a. O. S. 16—18; richtig Reichsgericht 1898, D. Jur.-Ztg. IV, 133.

[29]) Vgl. oben S. 300 III Abs. 4. A. M. Reichsgericht 1898, D. Jur.-Ztg. IV 133. Wie im Text: Bennecke 641; Löwe 5a zu § 420.

[1]) Birkmeyer 544.

[2]) Vgl. oben § 54 III.

IV. Die einzelnen Stunden des Tages und der Nacht sind alle gleich geeignet zum prozessualen Handeln.

Die Justizverwaltung ist zwar — da das Gesetz diese Frage offen lässt — nicht gehindert, für das Handeln der Beamten, namentlich den Verkehr mit dem Publikum, Geschäftsstunden einzuführen. Die Bedeutung dieser Geschäftsstunden ist aber nicht die, dass ausserhalb dieser Zeit vorgenommene Prozesshandlungen ungültig wären (etwa eine Rechtsmitteleinlegung, die der Beschuldigte dem Gerichtsschreiber in dessen Wohnung nach Ende der Bureauzeit zu Protokoll gegeben hat[3])), vielmehr dienen sie nur der Ordnung des Dienstes namentlich in dem Sinne, dass der Beamte ausserhalb der Geschäftszeit nicht verpflichtet ist, seine Thätigkeit zu entfalten.

V. Was die Fixierung des Zeitpunktes der Prozesshandlungen im Rahmen des Prozesses anlangt, so ist für manche Handlungen eine zeitliche Grenze, sei es nach vorwärts, sei es nach rückwärts, nicht vorgesehen. So ist z. B. die Stellung eines Beweisantrages grundsätzlich jederzeit wirksam, solange überhaupt die Möglichkeit der Berücksichtigung besteht[4]).

Bei anderen Handlungen ergiebt sich ihre zeitliche Stellung im Prozess aus ihrer Beziehung zu anderen Handlungen, also relativ; z. B. kann der Eröffnungsbeschluss nur der Klage nachfolgen, nicht vorangehen[4a]).

Zahlreiche Prozesshandlungen endlich erhalten ihren Platz angewiesen durch eine Frist oder einen Termin.

1. Eine Frist ist ein Zeitabschnitt, innerhalb dessen eine Prozesshandlung entweder vorzunehmen ist (sogenannte Handlungsfrist[5])) oder aber nicht vorzunehmen ist (sogenannte Zwischenfrist[6]) [7]).

Der Anfangspunkt und die Länge der Frist sind teils vom Gesetz selbst bestimmt[8]) — sogenannte gesetzliche Fristen, teils werden sie vom Gericht oder von dessen Vorsitzendem festgesetzt[9]) — sogenannte

---

[3]) Durchaus zutreffend E. in C.S. I, 429; R. VI, 85; E. XXXI, 6.

[4]) Vgl. auch oben § 66 S. 231 bezüglich des Strafantrages. Auch ein Antrag auf Stellung einer Frage in der schwurgerichtlichen Hauptverhandlung ist zeitlich noch solange statthaft, als nicht die Kundgebung des Spruchs erfolgt ist. E. XXX, 403.

[4a]) Dagegen kann allerdings die Anklage dem Eröffnungsbeschluss nachfolgen, St.P.O. § 206, unten § 118.

[5]) Z. B. St.P.O. §§ 45, 170, 275, 353 u. s. w.

[6]) Z. B. St.P.O. § 216, G.V.G. § 93 Abs. 2.

[7]) Die Scheidung zwischen Handlungsfristen und Zwischenfristen fehlt bei Bennecke 430 ff., der vielmehr nur die ersteren ins Auge fasst.

[8]) Meist auf 1 Woche, vgl. z. B. St.P.O. §§ 45, 216, 353, 355, 358, 381, 385; anders in §§ 98, 170, 228, 469. Auch die Strafantragsfrist (oben § 66 I) gehört zu den gesetzlichen Prozessfristen. Ist sie auch keine Frist „im" Prozess, so ist sie doch nach dem oben Ausgeführten prozessualen Charakters. Dagegen die H. M., (so Frank VIII 5 zu § 61 St.G.B.), die aber offenbar inkonsequent ist, wenn sie den Antrag als Prozessvoraussetzung und gleichwohl die ihm gesetzte Frist nicht als Prozessfrist ansieht.

[9]) Vgl. z. B. St.P.O. §§ 121 Abs. 2, 199, 408 Abs. 2.

richterliche Fristen. Eine Verlängerung der gesetzlichen Fristen ist nicht zugelassen. Sie tragen also sämtlich den Charakter der civilprozessualen „Notfristen“ (Fatalien), ohne dass jedoch der St.P.O. diese Bezeichnung bekannt wäre. Richterliche Fristen können vom Gericht verlängert werden.

Die Berechnung der Fristen ist folgende[10]): Bei den nach Tagen bestimmten Fristen wird der Anfangstag nicht mitgerechnet, es endigt also z. B. eine am 5. Februar gleichviel um welche Stunde beginnende dreitägige Frist erst um Mitternacht zwischen dem 8. und 9. Februar, St.P.O. § 42[11]). Bei den nach Wochen bemessenen Fristen bildet der dem Anfangstage gleichnamige Wochentag (Montag, Dienstag u. s. w.), bei den nach Monaten bemessenen der dem Anfangstage gleichbezifferte Tag des Monats (1., 2. u. s. w.) den letzten Tag der Frist, St.P.O. § 43. Fehlt dem letzten Monat der gleichbezifferte Tag, so endigt die Frist mit dem letzten Tage dieses Monats (z. B. eine am 30. November beginnende Dreimonatsfrist endigt am 28. Februar).

Ist der letzte Tag irgend einer[12]) Frist ein Sonntag oder allgemeiner Feiertag, so endigt die Frist erst mit Ablauf des darauffolgenden Werktages, St.P.O. § 43[13]).

Keinerlei Bedeutung haben die Gerichtsferien für den Fristenlauf im Strafprozess (anders im Civilprozess, N.C.P.O. § 223).

Die Fristen sind

a) teils dem Gericht gesetzt, z. B. St.P.O. §§ 216, 275; 114 Abs. 3, 115, 228; dann hat ihre Nichteinhaltung gewöhnlich keine prozessualen[14]), sondern nur unter Umständen disziplinarische Folgen; hat jedoch das Gericht eine Zwischenfrist nicht eingehalten, z. B. vor Ablauf der Ladungsfrist (§ 216 St.P.O.) verhandelt, so ist die darauf ergangene Entscheidung anfechtbar (nicht nichtig).

---

[10]) Nicht durchaus übereinstimmend mit B.G.B. §§ 186 ff.

[11]) Eine Spezialbestimmung giebt § 228 St.P.O.

[12]) Auch (ausgenommen § 228 St.P.O. und ähnliche Fälle) einer nach Tagen bemessenen; Löwe 2 zu § 42; John I, 438; Stenglein 6 zu § 42; Keller 6 zu § 43; Binding Grdr. 173. A. M. Bennecke 431; Voitus Kontr. I, 431; Birkmeyer 545.

[13]) Nach den vorstehenden Vorschriften über die Berechnung der Fristen muss auch die Strafantragsfrist berechnet werden, vgl. oben Anm. 8). So richtig Bennecke 432 Anm. 12 (der indess nicht zutreffend den Strafantrag als „eine Prozesshandlung der Partei, St.P.O. § 156 Abs. 2,“ bezeichnet); Stenglein 3 zu § 43 St.P.O. Anders die Meisten, so: Frank VIII 5 zu § 61 St.G.B.; E. I, 40. R. III, 716.

[14]) Ausnahme z. B. St.P.O. § 228: die Hauptverhandlung muss von neuem begonnen werden.

b) teils Fristen, die dem Handeln der Parteien oder anderer Beteiligten gesetzt sind, z. B. St.P.O. §§ 45, 261 Abs. 2, 353, 355, 358, G.V.G. § 183. Regelmässig handelt es sich hier um Erklärungen, die dem Gericht gegenüber abgegeben werden müssen; die Frist hat dabei die Bedeutung, dass innerhalb ihrer die Erklärung nicht bloss abgegeben, sondern auch an das Gericht[15]) gelangt sein muss.

Diese Fristen ad b sind regelmässig Ausschluss- oder Präklusivfristen, d. h. die nicht innerhalb der Frist vorgenommene Handlung kann fortan gültig nicht mehr vorgenommen werden; der Säumige ist mit der Handlung fortab „ausgeschlossen", „präkludiert", und zwar in der Regel[16]) ohne dass es einer zuvorigen Androhung dieses Nachteils bedürfte.

Doch kann der Präkludierte, wenn seine Versäumung durch *vis major* verursacht war, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, *restitutio in integrum,* erlangen, und zwar sowohl gegenüber gesetzlichen wie gegenüber richterlichen Fristen, St.P.O. § 44, aber unter der Voraussetzung, dass es sich um eine bei einem Gericht wahrzunehmende Frist handelt, wie sich aus St.P.O. § 45 ergiebt[17]).

Der Wiedereinsetzung ist keine Frist (sofern sie nur den vorstehenden Voraussetzungen entspricht) entzogen; insbesondere auch die Wiedereinsetzungsfrist selbst nicht[18]). Ist also der Präkludierte wiederum durch *vis major* verhindert worden, die Wiedereinsetzung fristgerecht nachzusuchen, so kann er auch gegen diese Versäumung Wiedereinsetzung erlangen, während im Civilprozess der Satz gilt: *Restitutio restitutionis non datur.*

Materielle Voraussetzung der Wiedereinsetzung ist *vis major*, d. h. die Einhaltung der Frist muss durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle[19]) verhindert worden sein, St.P.O.

[15]) Vgl. unten § 80 II., ferner § 102 V und dazu R. VI, 85.

[16]) Ausnahme: St.P.O. § 431 Abs. 2a E.

[17]) Aus diesem Grunde ist gegen den Ablauf der Strafantragsfrist Wiedereinsetzung unstatthaft; denn der Antrag kann zwar, muss aber nicht bei Gericht angebracht werden. Meist wird die Zulässigkeit der Wiedereinsetzung gegen den Ablauf der Antragsfrist aus dem Grunde geleugnet, weil die Antragsfrist keine Prozessfrist sei. So Frank VIII 5 zu § 61 St.G.B. Hiergegen vgl. oben Anm. 8.

[18]) Anders § 41 des Entwurfs (S. 9, Drucksachen des Reichstags S. 34), der aber von der Reichsjustizkommission gestrichen wurde.

[19]) Kasuistik hierüber vgl. R. I, 179, 846, VI, 85; E. II, 271, X, 74, XXII, 124, XXIV, 250, XXXI, 19; E. in Civilsachen IV, 384. Als unabwendbarer Zufall muss auch eine verschuldete oder unverschuldete Säumnis eines Vertreters gelten, sofern dem Vertretenen seinerseits weder *culpa in eligendo*, noch dergl. zur Last fällt.

§ 44. Durch authentische Interpretation stempelt das Gesetz in § 44 Satz 2 zum unabwendbaren Zufall die unverschuldete Unkenntnis von einer Zustellung.

Formelle Voraussetzung der Wiedereinsetzung ist ein an die Frist von einer Woche von Beseitigung des Hindernisses ab gebundenes Gesuch des Säumigen oder eines zu seiner Vertretung Berechtigten[20]), in welchem die Versäumungsgründe angegeben und glaubhaft gemacht sind, und mit welchem gleichzeitig die versäumte Handlung selbst nachgeholt worden ist[21]), § 45 St.P.O. Das Gesuch muss bei demjenigen Gericht, bei dem die versäumte Frist wahrzunehmen gewesen wäre, angebracht werden, also z. B. im Falle der Versäumung der Berufungsfrist bei dem Gericht erster Instanz gemäss § 355 St.P.O. Die Einreichung des Gesuchs hemmt nicht *ipso jure* eine etwaige Vollstreckung, doch kann das Gericht[22]) einen Aufschub der Vollstreckung anordnen, St.P.O. § 47.

Über die Wiedereinsetzung entscheidet durch Beschluss dasjenige Gericht, das in der Sache selbst zu entscheiden gehabt hätte, wenn die versäumte Handlung rechtzeitig erfolgt wäre[23]), St.P.O. § 46. Die dem Gesuch stattgebende Entscheidung unterliegt keiner Anfechtung, die ablehnende Entscheidung dagegen der sofortigen Beschwerde, St.P.O. § 46 Abs. 2, 3.

Die Folge der Wiedereinsetzung ist Heilung der Säumnis. Es wird also die erst mit dem Wiedereinsetzungsgesuch verbundene

---

Dies wird praktisch in dem Falle, dass z. B. der mit der Anbringung der Revisionsanträge beauftragte Verteidiger diese Prozesshandlung vorzunehmen vergisst oder ausser Stande ist. Das Reichsgericht versagt die Wiedereinsetzung bei Verschulden des Verteidigers; R. I, 689, VIII, 508; E. X, 74; ebenso John I, 3e zu § 44; Stenglein 3 zu § 44; v. Kries 458; Löwe 3c zu § 44. Dagegen mit Recht v. Schwarze 4 zu § 44; Ullmann 272 Anm. 2; Siegel G.S. XLII, 277; Ewald G.A. XXXVI, 80; Birkmeyer 553; Binding, Grdr. 175.

[20]) Hierzu wird jedenfalls der Verteidiger kraft seiner Stellung zu rechnen sein. Bennecke 433 Anm. 20. Aber auch die anderen zur Einlegung von Rechtsmitteln für den Beschuldigten befugten Personen (§§ 338 ff. St.P.O.) werden analog zur Nachsuchung der Wiedereinsetzung für jenen zuzulassen sein. So Binding, Grdr, 3. Aufl., 153. A M. Bennecke a. a. O.; John I, 441; Löwe 3b zu § 44; E. XXII, 31. — Die H M. will überhaupt niemanden als Vertreter zulassen, so E. XXII, 31; John I, 441; Ullmann 273; Löwe in den letzten Aufl. 3b zu § 44; wohl auch Binding, Grdr. 4. Aufl., 175. Richtig Löwe in den älteren Auflagen.

[21]) Letztere Vorschrift dient an sich nur der Zeitersparnis (Eventualmaxime), ihre Einhaltung ist aber Bedingung für die Zulässigkeit des Gesuchs um Wiedereinsetzung.

[22]) Und zwar grundsätzlich dasjenige Gericht, das zur Entscheidung über die Wiedereinsetzung selbst berufen ist Löwe 3 zu § 44; Bennecke 434 Anm. 23; John I. 456. Doch vgl. die Citate über die Kontroversen bei Löwe a. a. O.

[23]) Also z. B. bei Versäumung der Berufungsfrist das Berufungsgericht.



Handlung[24]) so angesehen, als sei sie schon in der ihr gesetzten Frist vorgenommen.

2. Verschieden von den Fristen sind die Termine („Tagfahrten"). Während bei der Frist alle in ihr enthaltenen Zeitpunkte einander gleichwertig sind, und auch der Anfangspunkt *(terminus a quo)* und der Endpunkt *(terminus ad quem)* nur als Grenzen der Frist in Betracht kommen, ist ein Termin[25]) ein Zeitpunkt, der zur Vornahme oder genauer gesagt zum Beginn der Vornahme[26]) einer Prozesshandlung oder eines Komplexes von Prozesshandlungen bestimmt ist *(terminus in quo)*.

Die Anberaumung eines Termins hat natürlich nur da Sinn, wo mehr als eine Person bei der Prozesshandlung zugegen sein müssen oder dürfen. Der wichtigste Termin ist der Hauptverhandlungstermin.

Die Termine haben bei weitem keine so einschneidende Bedeutung, wie die Fristen. Sie dienen nur der Nötigung der Beteiligten zum Zusammenkommen. Ihre Bedeutung ist nicht die, dass die Prozesshandlung nur zur Terminsstunde gültig vorgenommen werden könnte. Ist z. B. der Hauptverhandlungstermin in einer Strafsache auf 10 Uhr anberaumt, sind aber die Beteiligten bereits um 9½ Uhr vollzählig zur Stelle, so kann um 9½ Uhr mit der Verhandlung begonnen werden; wäre andererseits das Gericht um 10 Uhr noch mit einer anderen Strafsache befasst, die das Gericht bis 11 Uhr in Anspruch nähme, so würde sich natürlich die Hauptverhandlung in jener erstgenannten Sache bis 11 Uhr verschieben.

Inwieweit die Vornahme der Prozesshandlung durch Nichterscheinen der Beteiligten vereitelt wird, richtet sich nach den für die einzelnen Stücke des Prozesses gegebenen Bestimmungen. Die Hauptverhandlung speziell wird durch Ausbleiben des Angeklagten regelmässig vereitelt, St.P.O. § 229 Abs. 1, sodass es der Anberaumung eines neuen Termins bedarf, zu welchem eventuell Vorführung oder Verhaftung des Ausgebliebenen erfolgt, St.P.O. § 229 Abs. 2. Notwendig ist auch Anwesenheit des Klägers. Nur in Ausnahmsfällen — St.P.O. §§ 230—232, 319, 370, 390, 427, 431, 451, 452, 457, 475 — ist eine Hauptverhandlung gegen einen Angeklagten, der nicht zur Stelle ist, oder ohne Anwesenheit des (Privat)Klägers, statthaft. Ist in diesen

[24]) Oben bei Anm. 21.
[25]) Vgl. z. B. St.P.O. §§ 191, 212, 223, 417, 478. — John I, 397 ff.
[26]) Damit erledigt sich der Einwand v. Kujawas in G.A. XLIII, 194.

Fällen ein Urteil ergangen, so ist der Angeklagte (bezw. der Privatkläger), wenn er durch *vis major* am Erscheinen verhindert war, berechtigt, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu begehren, St.P.O. §§ 234, 370 Abs. 2, 431 Abs. 4. (Anders als im Civilprozess, wo es eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Terminsversäumnis nicht giebt). Die Wiedereinsetzungsfrist läuft hier von der Zustellung des Absenzurteils an, nur im Falle des § 431 von der Versäumung selbst an. Wenn die Wiedereinsetzung in zulässiger Weise beantragt worden ist, so ist die Versäumnis geheilt, und es findet neue Hauptverhandlung in der Instanz statt. Unzulässig ist die Wiedereinsetzung jedoch in den Fällen, in denen der Angeklagte auf seinen Antrag vom Erscheinen dispensiert worden war oder von der Befugnis, sich vertreten zu lassen, Gebrauch gemacht hatte, St.P.O. § 234 Abs. 2; sowie in dem Falle des § 452 Abs. 2 St.P.O.

## § 80.

### VI. Der Ort der Prozesshandlungen.

I. Der Ort, wo gehandelt wird, ist im allgemeinen prozessual belanglos: die Handlungen können an jedem Orte gültig vorgenommen werden; es giebt sozusagen keine *loci nefasti.* Insbesondere ist zur Gültigkeit der Gerichtshandlungen nicht erforderlich, dass sie an der Gerichtsstelle erfolgen, wennschon dies das Regelmässige ist[1]), es kann recht wohl eine einzelne Prozesshandlung oder eine ganze Hauptverhandlung in der Wohnung eines erkrankten Zeugen oder sogar unter freiem Himmel, z. B. am Schauplatz des abzuurteilenden Mordes, abgehalten werden[2]).

Findet die Handlung an der Gerichtsstelle statt, so braucht dies weiter nicht die eigene Gerichtsstelle, sondern es kann eine andere zum Sprengel gehörige sein; z. B. stünde dem nichts im Wege, dass der Untersuchungsrichter des Landgerichts Breslau eine Zeugenvernehmung in den Räumen des (zum Landgerichtsbezirk Breslau gehörigen) Amtsgerichts Wohlau vornähme[3]). Ob die Handlung an der eigenen Gerichtsstelle oder anderswo vorzunehmen sei, darüber befindet das betreffende Gericht selbst. Auch das Schwurgericht kann den Beschluss, eine Handlung ausserhalb der eigenen Gerichtsstelle vorzunehmen, selbst fassen, auch insoweit es sich dabei um die ganze Sitzung handelt. Nach § 98 G.V.G. kann aber ausserdem schon von vornherein durch die Strafkammer einzelnen Sitzungen des Schwurgerichts ein besonderer Ort (z. B. die Gerichtsstelle eines zum Bezirk gehörigen Amtsgerichts) angewiesen werden.

---

[1]) R. VI, 749; E. XI, 352, XXII, 398; Löwe 3 zu Buch 2 Abschn. 6 St.P.O.

[2]) Vgl. auch St.P.O. § 71 Abs. 1.

[3]) Justizverwaltungsmässig könnte er dies natürlich nur, wenn das Amtsgericht ihm den betreffenden Raum zur Verfügung stellte.

Hat also das Gericht an sich freie Verfügung über den Ort, an dem gehandelt werden soll, so darf es gleichwohl, wie jede Behörde, nicht an einem Orte handeln, der nicht zu seinem eigenen, sondern zu dem Sprengel eines anderen Gerichts gehört, das Landgericht Breslau darf z. B. nicht eine Verhandlung auf Liegnitzer Grund und Boden abhalten. Ein Überschreiten der Grenze gegen einen anderen Gerichtsbezirk des deutschen Reiches ist nur statthaft mit Zustimmung dieses anderen Gerichts, und zwar des Amtsgerichts, oder aber bei Gefahr im Verzuge, G.V.G. § 167. Ausserdem ist bei Verfolgung eines Flüchtigen den Sicherheitsbeamten die sogenannte Nacheile gestattet, G.V.G. § 168.

Würde eine an der Strafjustiz beteiligte Behörde ausserhalb dieser Ausnahmsfälle, also in unzulässiger Weise, in dem Bezirk einer anderen Behörde gehandelt haben, so würde freilich die Handlung nicht nichtig sein, wohl aber würde das darauf gegründete Verfahren unter Umständen im Rechtsmittelwege umgestossen werden können.

Die Einengung des Gerichts auf seinen Bezirk ist übrigens nur relativ gemeint, nämlich nur im Verhältnis zu anderen deutschen Gerichtsbezirken. Was das Ausland anlangt, so können dort, soweit es von keiner Staatsgewalt beherrscht ist, ohne weiteres deutsche Prozesshandlungen gültig vorgenommen werden. Aber auch für das Gebiet fremder (ausserdeutscher) Staaten muss das Gleiche gelten. Zwar sind das Deutsche Reich und seine Gliedstaaten völkerrechtlich verpflichtet, auf fremdem Staatsgebiet keine Hoheitsakte vorzunehmen. Würde aber, etwa infolge eines Irrtums über die Landesgrenze, in einem deutschen Prozess eine Handlung oder ein Komplex von solchen auf ausländischem Gebiet vorgenommen, so würde vom deutschrechtlichen Standpunkt aus kein Grund vorliegen, die Handlung für ungültig oder umstossbar zu erklären. Die Folgen der Gebietsverletzung würden nicht prozessuale, sondern nur internationale sein.

II. Bei den Handlungen, die eine Partei dem Gericht gegenüber vornimmt, z. B. Rechtsmitteleinlegungen, kommt scheinbar „das Gericht" — das Gerichtsgebäude als Bestimmungsort in Betracht, sodass man annehmen könnte, schon und erst mit dem Einlaufen im Gerichtsgebäude sei die Handlung perfekt geworden[4]). Allein dies trifft nicht zu, „dem Gericht gegenüber" heisst: zu Händen des betreffenden Gerichtsbeamten. Auf den Ort des Einlaufs kommt gar nichts an: die blosse Niederlegung an der Gerichtsstelle ist unkräftig[5]), umgekehrt ist die Übergabe eines Schriftstücks an den zuständigen Beamten auch

---

[4]) Dies ist wohl die Auffassung von Birkmeyer 541: „bei Gericht, d. h. an der Gerichtsstelle".

[5]) R. II, 613; E. XXII, 124, XXXI, 4.

ausserhalb der Gerichtsstelle voll wirksam[6]), vorausgesetzt natürlich, dass der betreffende Beamte zu solcher aussergerichtlichen Entgegennahme dienstlich befugt war[7]).

## § 81.

### VII. Einteilung der Prozesshandlungen.

I. Die Prozesshandlungen sind teils richterliche (unten §§ 82—101), teils Parteihandlungen (unten §§ 102—106), teils Handlungen Dritter; unter letzteren sind von allgemeiner Bedeutung besonders die Handlungen der behördlichen Hülfsorgane (Gerichtsdiener, Gerichtsvollzieher u. s. w.) und unter diesen wiederum die Zustellungen und die Protokollierung (unten § 107).

II. Die richterlichen Handlungen speziell vollziehen sich zwar nicht immer, aber doch häufig in zwei aufeinanderfolgenden Stufen.

1. Die eigentlich massgebende richterliche Thätigkeit besteht darin, dass das Gericht Aussprüche thut, die sich auf Syllogismen aufbauen, indem ein Rechtssatz auf gegebene Thatsachen angewendet wird. Dies sind die Entscheidungen im weitesten Sinne des Wortes. Zu ihnen gehören die Urteile, aber auch Haftbefehle, Terminsansetzung, Ausschliessung der Öffentlichkeit u. s. w.

Gleichgültig ist für den Begriff der Entscheidung, ob die entschiedene Frage streitig oder zweifelhaft war oder nicht; die St.P.O. kennt Entscheidungen auch da, wo das Gericht, ohne eine Wahl zu haben, einen Ausspruch thut, z. B. Aufhebung eines Haftbefehls im Falle des § 123 St.P.O.[1]).

2. Aber bevor das Gericht in der Lage ist, einen solchen Ausspruch zu thun, muss es über die thatsächlichen Unterlagen (Begehung der That durch den Angeklagten, Fluchtverdacht gegen denselben u. s. w.) im klaren sein. Insoweit es diese Kenntnis nicht schon hat, muss es sie aufsuchen. Es tritt also vor die Entscheidungsthätigkeit als Vorstufe die Untersuchungsthätigkeit[2]). Während die Entscheidungen auf Wirken, sind die Untersuchungshandlungen auf Erkenntnis gerichtet. Sie sind fragender Natur[3]). Hierher gehört z. B. die Vernehmung eines Zeugen.

---

[6]) E. XXXI, 4.

[7]) R. II, 369; E. XXXI, 4.

[1]) Bennecke 417. Nicht glücklich ist es aber, wenn Bennecke Entscheidungen der letzteren Art als „formelle" im Gegensatz zu den „wirklichen" Entscheidungen bezeichnen will.

[2]) Sie führt im vorbereitenden Verfahren den technischen Namen „Ermittelungsthätigkeit"

[3]) Die gerichtlichen Zwangshandlungen dürfen desshalb nicht als „Untersuchungshandlungen" bezeichnet werden. Sie selbst sind „Entscheidungen", natürlich können ihnen aber Untersuchungshandlungen (Ermittelung, ob Fluchtverdacht vor-

An die richterlichen Untersuchungshandlungen und Entscheidungen schliessen sich möglicherweise noch an

a) Beurkundungshandlungen[4]), obliegend regelmässig dem Gerichtsschreiber, so jedoch, dass mitunter (so beim Protokoll über Handlungen in der Voruntersuchung sowie beim Hauptverhandlungsprotokoll St.P.O. §§ 186, 271) richterliche Mitwirkung stattfindet. Ausnahmsweise (so hinsichtlich des Urteils) ist die Beurkundung Sache des Gerichts selbst, St.P.O. § 275 Abs. 2,

b) Ausführung der Entscheidung (Festnahme des im Haftbefehl bezeichneten Beschuldigten, Vollstreckung der rechtskräftig erkannten Strafe), obliegend regelmässig der Staatsanwaltschaft und ihren Hülfsorganen. Zum Zwecke der Ausführung einer Entscheidung werden vielfach Ausfertigungen oder — was im Strafprozess dasselbe ist[5]) — beglaubigte Abschriften der die Entscheidung enthaltenden Urkunde nötig. Vgl. z. B. §§ 275 Abs. 4, 483 St.P.O.

III. Die Unterscheidung zwischen Untersuchungshandlungen und Entscheidungen halbiert aber nicht etwa den ganzen Prozess in der Weise, dass in der ersten Hälfte des Prozesses nur untersucht, in der zweiten nur entschieden würde. Es kann z. B. eine Entscheidung des Inhalts erlassen werden, dass eine Untersuchungshandlung vorgenommen werden solle; woran sich dann diese Untersuchungshandlung, und an diese wieder die sich auf ihr aufbauende Entscheidung anschliesst (Beschluss auf Vernehmung von Zeugen — Vernehmung dieser Zeugen — Urteil).

Wohl aber sind die Entscheidungen selbst (zusamt den sie vorbereitenden Untersuchungshandlungen) in Ansehung der Stelle, die sie im Gefüge des Prozesses einnehmen, insofern verschieden, als

1. gewisse Entscheidungen in dem Sinne gefällt werden, dass mit ihnen der Prozess im eigentlichen Sinne erledigt sein solle, prozesserledigende Entscheidungen, Entscheidungen im engeren Sinne; sie sind der normale Zielpunkt eines jeden Prozesses;

2. andere Entscheidungen nur als Durchgangspunkte zu diesem Ziel erscheinen, z. B. Eröffnung des Hauptverfahrens, Ladung

---

liegt u. s. w.) vorangehen. Anders Bennecke 273 Anm. 2, 413 Anm. 2 mit Bezugnahme auf den Sprachgebrauch der St.P.O., z. B. in § 160. Aber die St.P.O. gebraucht den Ausdruck „Untersuchungshandlungen" untechnisch für alle Strafprozesshandlungen, der ganze Strafprozess ist ihr eine einzig grosse „Untersuchung". Ein Gegensatz gegen die „Entscheidungen" liegt in dem Worte nicht.

[4]) Vgl. hierzu Glaser II, 259 ff.

[5]) Löwe 8 zu § 37; Bennecke 414 Anm. 6.

von Zeugen, Erlass von Haftbefehlen, Anberaumung von Terminen, aber auch die Entscheidungen, die eine blosse Instanzerledigung ohne Prozesserledigung herbeiführen wollen. Es sind dies die Entscheidungen die in Bethätigung des sogenannten Prozessbetriebs, der Prozessleitung und der Sitzungspolizei gefällt werden. Ich bezeichne sie zusammenfassend als „laufende Entscheidungen“.

Was die auf Prozesserledigung berechneten Entscheidungen anlangt, so ist hervorzuheben, dass sie nicht immer den Zweck der Prozesserledigung erreichen, weil z. B. ein Rechtsmittel gegen sie gegeben ist, sodass bei Einlegung eines solchen der Prozess in der höheren Instanz fortgeht. Dieser Umstand vermag aber ihre Struktur nicht zu ändern; die Zulassung von Rechtsbehelfen fügt der prozesserledigenden Entscheidung nur eine Bedingung *(condicio juris)* hinzu.

Die Prozesserledigung kann in zweifachem Sinne erfolgen:

a) Es wird das Prozessverhältnis als nicht stichhaltig befunden, z. B. wegen Mangels der Zuständigkeit des Gerichts, wegen Unzulässigkeit der Aburteilung der Sache durch ein Civilstrafgericht u. s. w. — sogenannte Formalentscheidung.

Hierher gehören auch diejenigen Entscheidungen, die an der Schwelle der Instanz in dem das Prozessverhältnis negierenden Sinne ergehen, z. B. die Einstellung nach St.P.O. § 202, die Verwerfung der Berufung oder Revision als unzulässig[6]).

Dagegen würde ein das Prozessverhältnis ganz oder teilweise bejahender Ausspruch (Zuständigkeitserklärung u. s. w.) offensichtlich nicht prozesserledigend, sondern nur laufend sein.

b) Es wird, weil das Prozessverhältnis in Ordnung befunden wird, über den im Prozess befangenen materiellrechtlichen Anspruch entschieden, sei es ganz (Verurteilung des Angeklagten zu bestimmter Strafe, Freisprechung) sei es — soweit Teilung zulässig ist[7]) — teilweise (Erledigung der Schuldfrage durch Spruch der Geschworenen) — sogenannte Sachentscheidung, meritorische Entscheidung.

Die laufenden Entscheidungen sind immer Formalentscheidungen, sie entscheiden natürlich niemals über den materiellrechtlichen Anspruch.

Die bisher (sub II und III) gegebene Einteilung der richterlichen

---

[6]) A. M. v. Kries 424.
[7]) Oben § 61 V S. 209.

Handlungen entspricht nicht der hergebrachten Anschauung[8]). Meist wird vielmehr die „prozessleitende Thätigkeit“ zu den „Entscheidungen“ in Gegensatz gestellt[9]). Das ist unrichtig, denn einesteils bezeichnet die St.P.O. selbst auch die in Bethätigung der Prozessleitung getroffenen Anordnungen als Entscheidungen[10]), und in der That passen die Kriterien dieses Begriffs (Anwendung eines Rechtssatzes auf unterliegende Thatsachen) auch auf sie[11]). Anderenteils ist in jener Gegenüberstellung die Selbständigkeit des Begriffs der Untersuchungshandlungen verkannt (die Vernehmung eines Zeugen über die Begehung der That durch den Angeklagten dient der Prozesserledigung, die Vernehmung eines Zeugen über Fluchtverdacht gegen den Beschuldigten zwecks Erlass eines Haftbefehls dient der prozessleitenden Thätigkeit; die Vernehmung selbst ist aber weder „entscheidend“ noch „prozessleitend“[12]).

IV. Der Form nach sind die gerichtlichen Entscheidungen (im weiteren Sinne) entweder Urteile oder Beschlüsse oder Verfügungen.

Theoretisch wäre am richtigsten eine Regelung der Formfrage derart, dass

1. die Prozesserledigung in Form eines Urteils;
2. andere Entscheidungen in Form des Beschlusses oder der Verfügung erfolgten.

---

[8]) Ähnlich wie im Text (aber nicht durchaus übereinstimmend) v. Kries 422 ff.; Bennecke 413 § 98 I b; 417.

[9]) So z. B. Planck I, 448 ff.; Binding, Grdr. 155 ff., §§ 85, 86; Ötker 612; John II, 382.

[10]) Vgl. St.P.O. § 35; Mot. 36; Löwe 2 zu Buch 1 Abschn. 4.

[11]) v. Kries 423. Mit Recht beanstandet Bennecke 417 Anm. 4 die Definitionen Plancks I, 448: prozessleitende Anordnung liege vor, „wenn die Absicht lediglich darauf gerichtet sei, anzuordnen, dass etwas geschehen oder unterbleiben solle“, wohingegen eine Entscheidung vorliege, „wenn es die Absicht des Richters war, durch diesen seinen Ausspruch mit bindender Kraft für die Beteiligten festzustellen, was bezüglich der früher bestrittenen oder doch zweifelhaften Rechtsfragen Rechtens sei.“

[12]) Unser Begriff der Prozessleitung (= alle laufenden Entscheidungen, die nicht Prozessbetrieb oder Sitzungspolizei sind) ist natürlich erheblich weiter, als der hergebrachte; er umfasst z. B. auch die Zurückweisung einer Sache aus der Rechtsmittelinstanz in die Vorinstanz. — Dass im Civilprozess die „Prozessleitung“ einen engeren Sinn hat, hängt mit dem breiten Raum zusammen, den dort die Zwischenurteile einnehmen: die Zwischenurteile stehen dort in der Mitte zwischen Prozesserledigung und blosser Prozessleitung. Vgl. hierzu v. Kries 425 I a. E.

Dann würden Inhalt und Form einander parallel laufen. Das geltende Recht weicht hiervon aber in mehrfacher Hinsicht ab.

1. Die Prozesserledigung erfolgt zwar, insofern sie Sachentscheidung ist, grundsätzlich durch Urteil[13]); aber insofern sie Formalentscheidung ist, grundsätzlich durch Beschluss[14]), nur ausnahmsweise durch Urteil[15]).

Das Sachurteil ist im Strafprozess immer Endurteil. Es ist unstatthaft, eine Partikel der materiellrechtlichen Entscheidung vorweg separat zu entscheiden, etwa die Schuldfrage. Materielle Zwischenurteile sind der St.P.O. unbekannt mit einer Ausnahme: im Schwurgericht werden die Schuldfrage und die Frage nach mildernden Umständen separat durch Spruch der Geschworenen erledigt. Dieser ist seinem Wesen nach (wenn auch nicht dem Namen nach) ein eigengeartetes Sachzwischenurteil.

2. Die laufenden, also insbesondere die prozessleitenden, Entscheidungen ergehen zwar prinzipiell in Gestalt des Beschlusses oder der Verfügung[16]). Die formalen Zwischenurteile der C.P.O. hat die St.P.O. grundsätzlich nicht aufgenommen. Aber auch hier giebt es eine Ausnahme: Die Rückverweisung der Sache aus der höheren Instanz in die untere (St.P.O. §§ 369, Abs. 2 und 3, 394 Abs. 2 und 3) erfolgt in Gestalt eines Urteils, wiewohl sie keine prozesserledigende, sondern nur laufende Entscheidung ist; den Namen „Zwischen"-Urteil gebraucht das Gesetz allerdings auch hier nicht.

Von Bedeutung ist die Unterscheidung von Urteilen und anderen Entscheidungen namentlich für die Anfechtung durch Rechtsmittel; Urteile sind anfechtbar mittels Berufung und Revision, Beschlüsse und Verfügungen mittels der Beschwerde.

---

[13]) Die Ausnahmen s. unten § 99.

[14]) So auch Birkmeyer 469, 662. Vgl. die Fälle der §§ 270, 360, 363, 370, 386, 389, 431 St.P.O. — v. Kries 425 scheint die verneinende Entscheidung über das Prozessverhältnis prinzipiell mit Urteilsform ausstatten zu wollen; nach ihm ist es ein „Versehen", wenn das Gesetz in § 270 Beschlussform anordnet. Diese Auffassung ist eine unstatthafte Übertragung der Sätze des Civilprozesses auf den Strafprozess. Nach der St.P.O. stellen sich die Urteile in den Fällen der §§ 259, 429 deutlich als Ausnahmen dar. Vgl. auch Friedmann Grünhuts Ztschr. XXIII, 592.

[15]) So die Einstellung des Verfahrens in den Fällen der §§ 259 Abs. 2, 429 St.P.O. § 259 Abs. 2 bildet natürlich hinsichtlich der Form der Entscheidung für denjenigen keine Ausnahme, der den Strafantrag für eine Bedingung der Strafbarkeit ansieht. So Birkmeyer 469. Dagegen ist bei solcher Auffassung der Inhalt der Entscheidung (Einstellung des Verfahrens statt Freisprechung) anomal.

[16]) Über den Unterschied zwischen „Beschluss" und „Verfügung" s. unten § 99.

## B. Einzelne Prozesshandlungen.

### I. Richterliche Handlungen.

#### 1. Untersuchungshandlungen, insbesondere das Beweisrecht.

### § 82.

### a) Allgemeines; Begriff und Gegenstand des Beweises.

Jede richterliche Entscheidung im weiteren Sinne[1]) stellt sich, soll anders sie nicht ein Willkürakt sein, als das Ergebnis einer Schlussziehung, eines Syllogismus dar; denn gerade dies ist das Wesen der Rechtsanwendung: Umsetzung des abstrakten Rechtssatzes in die konkrete Wirklichkeit. Der Richter bedarf somit

a) eines Rechtssatzes, auf dem er fusst; dieser bildet in dem Syllogismus den Obersatz, die *propositio major*;

b) einer oder mehrerer Thatsachen, d. h. Ausschnitte aus dem menschlichen Leben; sie bilden den Untersatz, die *propositio minor*.

Durch Subsumtion entsteht der Syllogismus[2]).

Soll z. B. ein Haftbefehl erlassen werden, so muss zu Grunde liegen der § 112 St.P.O., zudem muss der Richter aber auch darüber klar sein, dass im konkreten Falle der Beschuldigte fluchtverdächtig ist etc. Will er eine Verurteilung aussprechen, so muss er ein bestimmtes Strafgesetz ins Auge fassen, aber auch alle die Thatsachen im konkreten Falle als gegeben feststellen, ohne die er den Schluss, dass der Strafanspruch begründet sei, nicht ziehen könnte.

Die Information über die den Obersatz bildenden Rechtssätze verschafft sich der Richter auf wissenschaftlichem Wege — *Jura novit curia* —; die Information über die den Untersatz bildenden Thatsachen im Wege des „Beweises" im weiteren Sinne[3]), d. h. im Wege historischen Forschens[4]).

Nun lassen sich freilich zahlreiche Thatsachen nur unter Zuhülfenahme von sogenannten Erfahrungssätzen feststellen; z. B. die Feststellung, es sei jemand an Cyankali gestorben, setzt die Verwertung der empirisch ermittelten Sätze der chemischen und medizinischen Wissenschaft über die Beschaffenheit und die Wirkungen des Cyankali voraus. Es ist deshalb neuerdings behauptet worden, dass ausser den

---

[1]) Oben § 81 II 1.

[2]) Rupp, Bew. im Strafverfahren 3 ff.; Stein, Priv. Wissen des Richters 12.

[3]) Im engeren und eigentlichen Sinne schränkt sich das Beweisrecht ein auf die materiellrechtlich erheblichen Thatsachen, unten II, 2.

[4]) Vgl. Heusler, Archiv für civ. Pr. LXII, 217 ff.

„Thatsachen“ auch die „Erfahrungssätze“ als Gegenstand des Beweises in Betracht kämen[5]).

Allein diese Erfahrungssätze bilden lediglich einen Durchgangspunkt in der auf den Syllogismus hinstrebenden geistigen Operation. Sie sind nur Handwerkszeug. Nicht sie werden erforscht im Prozess, sondern mittels ihrer werden Thatsachen erforscht. Sie brauchen äusserlich gar nicht hervorzutreten. Sie entziehen sich auch ihrem Wesen nach einer prozessualen beweismässigen Feststellung. Denn entweder hat jemand eine gewisse Erfahrung im Laufe seines Lebens erworben; oder aber er hat sie nicht, und dann kann er sie nicht plötzlich *ad hoc,* gewissermassen auf Kommando, erwerben, insbesondere nicht etwa durch den Vortrag eines Experten: der Richter, der sich durch einen Arzt über die Wirkungen der Gifte für den menschlichen Organismus belehren lässt, hat damit nicht die ihm bisher fehlende „Erfahrung“ gewonnen.

Bedarf also der Richter zur Feststellung einer bestimmten Thatsache eines Erfahrungssatzes[6]), so ist nur zweierlei möglich: entweder er beherrscht selbst empirisch den Erfahrungssatz[7]), dann wendet er ihn ohne weiteres an[8]); oder er beherrscht ihn nicht, dann muss er die bereits ermittelten Thatsachen[9]) einem Sachverständigen unterbreiten, damit dieser aus dem Erfahrungssatz — der hier die Rolle des Obersatzes hat — und diesen Thatsachen — Untersatz — auf die Thatsache X seinen Schluss ziehe. Der Beweis ist hier aber ausschliesslich auf diese Thatsachen gerichtet. Vielleicht wird der Sachverständige auch veranlasst, die Erfahrungssätze, auf denen er seine Meinung aufbaut, dem Gericht mitzuteilen; allein dies dient dann lediglich zur Kontrolle, ob der Betreffende wirklich sachverständig ist, und ist oft ganz überflüssig. Das Beweisthema bildet die zu ermittelnde Thatsache (ob der Angeklagte Rebhühner geschossen habe), nicht der Erfahrungssatz (dass Rebhühner einen niedrigen Flug haben)[10]).

---

[5]) Stein, Priv. Wissen des Richters, bes. 16 ff, 52 ff.

[6]) Z. B. ein Zeuge im Prozess wegen unbefugten Jagens sagt aus, er kenne die verschiedenen Arten Vögel nicht, habe aber bemerkt, dass die vom Angeklagten geschossenen Vögel einen niedrigen Flug gehabt hätten.

[7]) Z. B. er ist selbst routinierter Jäger.

[8]) Vgl. unten § 90; E. XXV, 326.

[9]) Also im obigen Beispielsfalle die Aussage des Zeugen.

[10]) Aus der Auffassung, auch die Erfahrungssätze seien Gegenstand des Beweises, zieht Stein Konsequenzen insbesondere für den Begriff des Sachverständigen. Vgl. unten § 90.

I. Beweis im Sinne von Beweisthätigkeit[11]) ist die auf Offenlegung der Richtigkeit einer Thatsache gerichtete Thätigkeit.

II. Gegenstand des Beweises sind Thatsachen oder Umstände[12]), also Stücke des konkreten menschlichen Lebens, und zwar gleichermassen innere[13]) wie äussere Thatsachen, *facta* im weiteren Sinne des Wortes einschliesslich der bestehenden Zustände[14]); nicht Urteile über Thatsachen; nicht Rechtssätze[15]) *(jura novit curia)*[16]); ebensowenig Rechtsverhältnisse als solche.

1. Beweisbedürftig sind grundsätzlich alle „relevanten", beweiserheblichen Thatsachen, das sind die, von deren Richtigkeit das Bestehen und die Grösse der im Prozess befangenen Ansprüche[17]), also besonders des Strafanspruchs, abhängt, und zwar sind diese Thatsachen grundsätzlich auch dann beweisbedürftig, wenn sie unter den Parteien unstreitig sind. Die Unstreitigkeit hindert im Strafprozess das Gericht nicht, der Richtigkeit der Thatsachen zu misstrauen und erst noch Beweis zu erheben. Dies ist eine Konsequenz des Instruktionsprinzips[18]) und steht im Gegensatz zum Civilprozess.

Die Art und Weise der Feststellung dieser Thatsachen wird geregelt durch das hier (bis § 92) darzustellende Beweisrecht im eigentlichen Sinne. Der Umfang dieses Beweisrechts ist zwar gegenüber dem des gemeinrechtlichen Prozesses stark zusammenge-

---

[11]) Daneben findet sich der Ausdruck „Beweis" auch für die „Beweismittel", man spricht z. B. davon, „man habe Beweise" für diese oder jene Thatsache.

[12]) Vgl. St.PO. § 266 Abs. 2.

[13]) Z. B. die Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen.

[14]) Heusler, Archiv für civil. Pr. LXII, 217.

[15]) Oben S. 315; R. IX, 231. Die Feststellung von Rechtssätzen erfolgt also an sich in völlig freier Weise. John III, 115; Stein, Priv. Wissen 180. A. M. Stenglein, G.S. XLIII, 285; v. Kries 335. Allerdings wird, gerade weil es für die Erlangung der wissenschaftlichen Gewissheit über das Bestehen von Rechtssätzen keine einengenden Vorschriften giebt, einer „Beweiserhebung" über solche Rechtssätze (nach Analogie von § 293 N.C.P.O.) nichts im Wege stehen, z. B. es wird ein Professor des Strafrechts als Sachverständiger vernommen darüber, ob nach einem bestimmten ausländischen Recht zur Strafverfolgung ein Antrag des Verletzten notwendig ist (im Hinblick auf St G.B. § 5 [3]) oder es werden behufs Feststellung eines Gewohnheitsrechts Zeugen über die Rechtsübung vernommen. Solchenfalls greift dann Analogie des eigentlichen Beweisrechts Platz. Ähnlich R. IX, 231; auch Stenglein G.S. XLIII, 286 ff. A. M. Bennecke 274, 360.

[16]) Dass das Gericht verpflichtet ist, die Rechtssätze zu kennen oder zu erforschen, sollte nicht bestritten werden. S. Stein, Priv. Wissen, 179 gegen v. Kries 335.

[17]) Oben § 61 II.

[18]) Oben § 69.

schrumpft, insofern das Gesetz heute den Richter viel freier stellt; immerhin ist „nicht alles, was den Beweis angeht, einfach dem dunklen Gefühl des Richters überlassen“ [19]).

Bei genauerer Betrachtung zerlegen sich nun die beweiserheblichen Thatsachen in 2 Gruppen.

a) In erster Linie beweiserheblich sind Thatsachen, die selbst zu dem Komplex der anspruchbegründenden oder dem Vorhandensein eines Anspruchs entgegentretenden Thatsachen gehören, so die Thatsachen, die

das Gegebensein oder Nichtgegebensein einer „Handlung“,
des Erfolges,
des Kausalzusammenhangs [20]),
der Rechtswidrigkeit (Nothwehr u. s. w.),
der Schuld,
der objektiven Strafbarkeits-Bedingungen,
eines Strafausschliessungs- oder eines Strafaufhebungsgrundes,
des besonderen Verbrechensthatbestandes,
eines Strafzumessungsgrundes
u. s. w.

ergeben, (z. B. Wegnahme der Sache im Diebstahlsprozess) — direkt erhebliche Thatsachen.

Beweiserheblich sind aber auch

b) solche an sich unerheblichen Thatsachen („Nebenumstände“), die auf eine solche direkt erhebliche Thatsache ad a) einen Schluss zulassen, sogenannte Indizien, Anzeigen, Inzichten, Anzeygung (CCC.) (z. B. der Umstand, das der des Diebstahls Verdächtige viel Geld ausgegeben hat, oder dass der Beschuldigte ein aussergerichtliches Geständnis abgelegt hat) [21]) — indirekt erhebliche Thatsachen.

Der auf die Thatsachen ad a) gerichtete Beweis ist der sogenannte direkte, natürliche; der auf die Thatsachen ad b) gerichtete der sogenannte indirekte, künstliche, Indizienbeweis [22]).

---

[19]) Bennecke 273.
[20]) Vgl. Hugo Meyer 191.
[21]) Als Indiz kann ferner z. B. der Umstand verwertet werden, dass ein Zeuge sein Zeugnis verweigert hat, R. VIII, 502. Vgl. auch den Beispielsfall bei Rupp, Bew. im Strafverf., 80. — Rupp gebraucht übrigens das Wort „Indizien“ in ganz untechnischer und nicht empfehlenswerter Weise, indem er die Zeugenaussagen, die Urkunden u. s. w. als Indizien bezeichnet.
[22]) Über letzteren vgl. auch unten § 92.

Der Indizienbeweis und der direkte Beweis sind völlig gleichberechtigt, eine Verurteilung kann sogut auf die eine, wie auf die andere Art der Beweisführung gestützt werden. Anders verhielt es sich im gemeinen Prozess[23]). Die CCC. liess bei Indizienbeweis nur peinliche Frage (Tortur), nicht Verurteilung zu, Art. 22. Die spätere Praxis verhängte vielfach auf Grund der Indizien eine *poena extraordinaria*, d. h. eine mildere Strafe als die *poena ordinaria*. Mit Abschaffung der Tortur errang sich der Indizienbeweis, unterstützt durch das Prinzip der freien Beweiswürdigung[24]), Gleichberechtigung mit dem direkten Beweis. Die St.P.O. hat hieran nichts geändert. Sie spricht zwar die volle Zulassung des Indizienbeweises nicht ausdrücklich aus, deutet aber auf ihn in § 266 Abs. 1, Satz 2 hin[25]). Besonders wichtig ist der Indizienbeweis für die Feststellung der sogenannten inneren Thatsachen.

Etwas anderes ist es, dass, wo es sich im konkreten Falle um eine und dieselbe zu beweisende Thatsache handelt, der direkte Beweis dem Unmittelbarkeitsprinzip zufolge vorgeht, also zum Indizienbeweise nur bei Fehlen direkten Beweises gegriffen werden darf[26]).

Insoweit eine beweiserhebliche Thatsache im einzelnen Falle in Frage kommt, kann das Gericht sie nicht anders, als im Wege des Beweises feststellen (es müsste denn eine der nachstehend § 83 dargelegten Ausnahmen Platz greifen). Unrichtig wäre es[27]), die beweiserheblichen Thatsachen einzuschränken auf die in St.P.O. § 266 genannten Thatsachen, also diejenigen, in denen die gesetzlichen Merkmale der strafbaren Handlung gefunden werden (z. B. Wegnahme einer fremden beweglichen Sache in der Absicht rechtswidriger Zueignung, § 242 St.G.B.), und diejenigen, die die Strafbarkeit ausschliessen, vermindern oder erhöhen; sodass also namentlich die für die Strafzumessung erheblichen Thatsachen (Verübung der That infolge Hungers und dergl.) nicht notwendig durch Beweis festgestellt werden müssten, sondern „so nebenbei mit abfallen" könnten, oder eine Strafe „mehr *ex aequo et bono,* als nach bestimmten juristischen Prinzipien abgemessen werden" könnte[28]). Das ist aus dem Grunde unrichtig, weil § 266 St.P.O. offensichtlich gar nicht davon spricht, welche Thatsachen bewiesen werden müssen, sondern nur davon, dass die schriftlichen Urteilsgründe sich über das Bewiesensein gewisser Thatsachen *expressis verbis* aussprechen müssen, während bei anderen Thatsachen, so bei den für die Straf-

[23]) Vgl. Glaser I, 736; Geyer, H. H. I, 210, 302; Heusler, Archiv für civ. Pr. LXII, 228, 306.
[24]) Unten § 92.
[25]) Vgl. auch Birkmeyer 405 Anm. g).
[26]) Oben § 70.
[27]) Dies wird von Bennecke 276 behauptet
[28]) John I, 487; Bennecke 276

zumessung erheblichen, der Beweis zwar geführt sein muss, aber nach § 206 eine ausdrückliche Bemerkung hierüber in den Urteilsgründen nicht nötig ist[29]).

2. Das Beweisrecht im eigentlichen Sinne bezieht sich, wie aus dem an die Spitze gestellten Satze (oben S. 317 Ziffer 1) hervorgeht, nicht mit auf die prozessual bedeutsamen Thatsachen, d. h. die Thatsachen, von deren Vorliegen das Bestehen oder die Gestaltung des Prozessverhältnisses oder die Zulässigkeit einer Prozessmassregel abhängt, wie z. B. das Vorhandensein eines Strafantrages[30]), einer Anklageschrift, einer ordnungsmässigen Ladung, die ordnungsmässige Besetzung des Gerichts (vorangegangene Ernennung der Mitwirkenden zu Richtern u. s. w.), die die Zuständigkeit begründenden Thatsachen, für Erlass eines Haftbefehls das Vorliegen von Fluchtverdacht (vgl. St.P.O. § 112 Abs. 1 Satz 2), für Ausschliessung oder Ablehnung eines Richters seine Verwandtschaft mit dem Verletzten u. s. w.

Für die Ermittelung dieser prozessual erheblichen Thatsachen gelten keine bestimmten Vorschriften[31]), das Gericht kann ihre Richtigkeit in gänzlich formloser Weise feststellen, vorausgesetzt nur, dass es von der Richtigkeit Überzeugung erlangt[32]).

Aus dem Gesagten ergiebt sich besonders, dass das Prinzip der Unmittelbarkeit[33]) für die prozessual erheblichen Thatsachen nicht gilt, z. B. kann, und zwar auch in der Hauptverhandlung, das Gericht einen Haftbefehl erlassen auf Grund schriftlicher Mitteilungen über die den Fluchtverdacht begründenden Thatsachen. Auch die Notwendigkeit der Verlesung von Urkunden u. dergl. in der Hauptverhandlung nach §§ 248 ff. St.P.O. gilt für die prozessualen Thatsachen nicht. Solche Verlesung ist weder geboten noch unzulässig, sondern gänzlich Ermessenssache[34]).

---

[29]) Vgl. unten § 96.

[30]) Im Ergebnis übereinstimmend Köhler, Lehre vom Strafantrag 134, wiewohl er den Antrag für eine Bedingung der Strafbarkeit ansieht.

[31]) Eine Ausnahme siehe in St.P.O. § 274; unter Umständen kommt als Ausnahme auch St.P.O. § 81 in Betracht.

[32]) A. M. v. Kries 743 und Z. VI, 125. Mit dem Text übereinstimmend das Reichsgericht, E. VI, 163, X, 254, R. III, 407; Bennecke 278, 542 Anm. 15, 557 und sonst; Löwe 2 zu § 249; John III, 333. In diesem Sinne verfährt auch die Praxis alle Tage, z. B. indem das Gericht das Vorhandensein einer Anklageschrift stillschweigend durch Einsicht in die Akten feststellt. Werden Zeugen über prozessual erhebliche Thatsachen vernommen, so kann man sie als Zeugen *pro informatione* bezeichnen. Vgl. dazu Birkmeyer 420.

[33]) Oben § 70 I.

[34]) Desshalb unzutreffend E. XXIV, 263, wo eine für die Glaubhaftigkeit eines Zeugen in Betracht kommende Thatsache in Frage stand. Nicht konsequent ist es, wenn R. VII 749, E. IX, 223, XIII, 187; Bennecke 669 Anm. 22; Löwe 1b zu § 444 die Verlesung des Bussantrages als erforderlich hinstellen; das Vorhandensein des Bussantrages kann auch ohne Verlesung festgestellt werden.

In einzelnen Fällen der Feststellung prozessual erheblicher Thatsachen genügt sogar die — ungefähr der gemeinrechtlichen „Bescheinigung“[35]) gleichkommende — sogenannte Glaubhaftmachung, d. h. eine Thätigkeit, durch die bloss die Wahrscheinlichkeit, nicht wie beim Beweis die Gewissheit, der Thatsache dargethan wird, vgl. St.P.O. §§ 26, 45, 55, 74. Wann der Richter eine Thatsache als glaubhaft gemacht ansehen will, steht ganz bei ihm. Er ist dabei auch nicht eingeengt, so, dass er nur bestimmte Glaubhaftmachungsmittel benutzen dürfte, vielmehr kommt es nur darauf an, dass, nicht wie er zu dem „Glauben“ kommt. Der § 294 C.P.O. wird auch im Strafprozess analog anzuwenden sein[36]), aber unter Ausschluss von Abs. 2 daselbst[37]).

Hie und da sind jedoch ausdrücklich einzelne Glaubhaftmachungsmittel, z. B. in §§ 26, 74 Abs. 3 St.P.O. der Eid, für unzulässig erklärt[38]).

Im übrigen kommen als Glaubhaftmachungsmittel besonders beschworene oder unbeschworene Zeugnisse (vgl. z. B. § 26 St.P.O.), sie seien mündlich oder schriftlich[39]) erstattet, in Betracht.

Ein besonderer Gegensatz der Glaubhaftmachung gegen den Beweis im eigentlichen Sinne liegt darin, dass das Glaubhaftmachen als Parteisache erscheint[40]).

## § 83.

### Fortsetzung: Präsumtionen; Notorietät; Feststellungen im Vorprozess; Beweisverbote.

Der Grundsatz, dass alle beweiserheblichen Thatsachen beweisbedürftig sind, erleidet mehrfache Ausnahmen.

1. Keines Beweises bedürftig sind:

a) die Thatsachen, deren Vorliegen nach dem Gesetz vermutet, präsumiert wird. Bei diesen Thatsachen ist die Überzeugung oder Nichtüberzeugung des Richters von ihrer Richtigkeit gleichgültig. Das Gesetz nimmt ihm die Feststellung der Richtigkeit der Thatsachen

[35]) Wetzell, System des ordentlichen Civilprozesses, § 29.

[36]) Bennecke 297; E. XXVIII, 11.

[37]) Löwe 5 zu § 45; Stenglein 3 zu § 26. A. M. Bennecke 297; John I, 345.

[38]) Diese Ausschliessung des Parteieides muss auf die Glaubhaftmachung im allgemeinen, also über §§ 26, 74 Abs. 3 hinaus, ausgedehnt werden, als *argum. e contrario* vgl. § 55 St.P.O.; Binding Grdr. 139; v. Kries 345, 460; Löwe 5 zu § 45; E. XXVIII, 11. A. M. John I, 326, 449; Stenglein Anm. zu Note 2 zu § 45; Bennecke 296.

[39]) Besonders in Form eidesstattlicher Versicherung, E. XXVIII, 8.

[40]) Hierüber unten § 84 V.

aus der Hand, indem es ihn anweist, bei Feststehen einer Thatsache a sofort auch ohne weiteres die Thatsache b als feststehend zu behandeln, mag er auch noch so sehr an deren Richtigkeit zweifeln. Solche Präsumtionen passen nicht zu dem Prinzip der materiellen Wahrheitserforschung[1]); sie leisten der Möglichkeit Vorschub, dass ein in Wahrheit Unschuldiger verurteilt wird, was der modernen Auffassung durchaus zuwiderläuft. Sie sind somit *de lege ferenda* durchaus zu verwerfen.

Das geltende Recht kennt aber noch eine erhebliche Anzahl krimineller Präsumtionen, besonders Schuldpräsumtionen[2]).

So z. B. bestimmt das H.G.B. in § 315:

„Mit Gefängnis u. s. w. werden bestraft:

1. die Mitglieder des Vorstandes u. s. w. (*scil.* einer Aktiengesellschaft), wenn länger als 3 Monate die Gesellschaft ohne Aufsichtsrat geblieben ist u. s. w.) Straflos bleibt derjenige, bezüglich dessen festgestellt wird, dass die Bestellung oder Ergänzung des Aufsichtsrats . . . ohne sein Verschulden unterblieben ist";

das Reichsgesetz betr. das Flaggenrecht der Kauffahrteischiffe vom 22. Juni 1899, § 23:

„Straflos bleibt in den Fällen der §§ 18—22 derjenige, bezüglich dessen festgestellt wird, dass die Handlung oder Unterlassung ohne sein Verschulden erfolgt ist";

das V.Z.G. vom 1. Juli 1869 in § 146:

„Wenn 3 oder mehrere Personen zur gemeinschaftlichen Ausübung einer Kontrebande oder Defraudation sich verbunden haben, so wird die Strafe . . . geschärft;

werden 3 oder mehrere Personen zusammen in Ausübung eines (Zoll-)Vergehens betroffen, so wird angenommen, dass sie sich zur gemeinschaftlichen Ausübung verbunden haben, wenn sie nicht nachweisen können oder aus den Umständen hervorgeht, dass ihr Zusammentreffen nur ein zufälliges gewesen sei."

Hierher gehören ferner auch die §§ 20, 21 des Reichspressgesetzes vom 7. Mai 1874[3]), welche verordnen:

§ 20: „Ist die Druckschrift eine periodische, so ist der verantwortliche Redakteur als Thäter (*scil.* der Handlungen, deren Strafbarkeit durch den Inhalt der Druckschrift begründet wird) zu bestrafen, wenn nicht durch besondere Umstände die Annahme seiner Thäterschaft ausgeschlossen wird";

§ 21: „Begründet der Inhalt einer Druckschrift den Thatbestand einer strafbaren Handlung, so sind der verantwortliche Redakteur, der Verleger,

[1]) Oben § 69.

[2]) Vgl. v. Liszt 154; Binding Normen II, 605 ff.; F. Schmid, Präsumtionen im deutschen Reichsstrafrecht (1884); Birkmeyer 92.

[3]) Vgl v. Liszt § 43 und die dort angeführten Schriftsteller und Judikate.

der Drucker, derjenige, welcher die Druckschrift gewerbsmässig vertrieben oder sonst öffentlich verbreitet hat, .... wegen Fahrlässigkeit mit Geldstrafe ... zu belegen, wenn sie nicht die Anwendung der pflichtgemässen Sorgfalt oder Umstände nachweisen, welche diese Anwendung unmöglich gemacht haben."

Ebenso schliesst St.G.B. § 186 eine Präsumtion in sich ein. Er bestimmt:

„Wer in Beziehung auf einen Anderen eine Thatsache behauptet oder verbreitet, welche denselben verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen geeignet ist, wird, wenn nicht diese Thatsache erweislich wahr ist, ... bestraft."

Nun ist soviel sicher, dass § 186 das Aussprechen wahrer ehrenrühriger Thatsachen nicht treffen will[4]). Wahre Thatsachen in der gehörigen Form und zu gehöriger Zeit auszusprechen ist in vollem Umfang unverboten. Materiellrechtlich kann also Verurteilung aus § 186 nur dann erfolgen, wenn u. a. feststeht, dass

1. die behauptete oder verbreitete Thatsache unwahr war;

2. der Thäter den entsprechenden Vorsatz gehabt hat, d. h. sich gesagt hat, dass die Thatsache vielleicht unwahr sei (*dolus eventualis*)[5]).

Durch den Konditionalsatz „wenn ... wahr ist" greift das Gesetz aber ein in die Beweisfrage. Der Richter soll nämlich von vornherein annehmen, dass ehrenrührige Behauptungen auch unwahr seien, und soll hierbei verharren solange, bis der zweifelsfreie Beweis des Gegenteils geführt ist. Die Unwahrheit wird also präsumiert. Auf die subjektive Thatseite (Wissen des Thäters von der möglichen Unwahrheit, oben 2, bezieht sich der Konditionalsatz seinem Wortlaut nach nicht. Es müsste danach also in dem Falle, dass der objektive Wahrheitsbeweis nicht erbracht ist, dem Thäter noch nachgewiesen werden, dass er den Vorsatz gehabt habe, und würde hieran ein Zweifel bestehen, so müsste er trotz jener Präsumtion freigesprochen werden. Allein die Präsumtion würde dann völlig bedeutungslos werden, denn ist sogar objektiv zweifelhaft, ob nicht die Thatsache wahr ist, so wird ein Beweis der Kenntnis des Thäters von der möglichen Unwahrheit schwer zu erbringen sein. So zieht denn folgerichtig jene auf die objektive Thatsache bezügliche Präsumtion eine im Willen des Gesetzes liegende auf die subjektive Thatsache bezügliche Präsumtion nach sich: es wird vermutet, dass der Thäter die Unwahrheit als im Bereich des Möglichen liegend erkannt hat. Nur wenn klar bewiesen wird, dass er positiv guten Glaubens war, entfällt die Anwendbarkeit des § 186[6]).

---

4) Ebenso E. XIX, 386; Frank IV zu § 186.

5) Das bestimmte Wissen von der Unwahrheit würde ihn zum Verleumder — St.G.B. § 187 — machen.

6) Übereinstimmend Frank IV zu § 186, Z. XII, 307; Schmid, Die Präsumtionen, 67. Unzutreffend die H. M., wenn sie den Nachweis der *bona fides* nicht zulassen will; so E. XXV, 355; diese Ansicht führt zur Annahme einer fahrlässigen Beleidigung. Unzutreffend aber auch Binding Normen II, 610, Lehrbuch II, 68, der die Nichterweislichkeit der Thatsache als Thatbestandsmerkmal ansieht und somit verlangt, dass dem Thäter Bewusstsein dieser Nichterweislichkeit nachgewiesen werde. Unzutreffend endlich auch v. Liszt § 95, II S. 360, der die Nichterweislichkeit als Bedingung der Strafbarkeit ansieht; ein prozessualer Vorgang als Bedingung der Strafbarkeit wäre mindestens sehr abnorm. Das Natürliche ist doch, die Erweislichkeit oder Nichterweislichkeit lediglich als prozessual erheblich zu betrachten.

Ein weiteres Beispiel für eine Präsumtion bietet St.G.B. § 361[8]: von demjenigen, der nach Verlust seines bisherigen Unterkommens binnen der ihm von der zuständigen Behörde bestimmten Frist sich kein anderweites Unterkommen verschafft hat, wird ohne weiteres angenommen, dass er sich um Unterkommen nicht bemüht hat.

Diese, wie regelmässig alle kriminellen Präsumtionen sind aber nur *praesumtiones juris*, widerlegbar, nicht *praesumtiones juris et de jure*[7]), sie gelten also nur bis zum Beweise des Gegenteils.

Die Präsumtionen sind augenscheinlich Sätze, die in keiner Weise den Strafanspruch, sondern nur die Beweisfrage betreffen. Sie sind also Sätze nicht des materiellen Strafrechts, sondern des Strafprozessrechts[8]). Daraus ergiebt sich der unabweisbare Schluss, dass nach § 6 E.St.P.O. die in Landesgesetzen enthaltenen Präsumtionen keine Gültigkeit mehr haben[9]).

Gar nicht kommen im Strafprozess in Betracht die bürgerlichrechtlichen Rechtsvermutungen[10]) (vgl. St.P.O. § 261 Abs. 1), da sie civilprozessuale Natur haben oder mindestens lediglich auf den Civilprozess zugeschnitten sind; so ist z. B. die Vermutung in B.G.B. § 1591 für einen Strafprozess wegen Kindestötung (St.G.B. § 217) bedeutungslos[11]). Wohl aber würden die zivilrechtlichen *praesumtiones juris et de jure* auch für den Strafrichter beachtlich sein[12]), da sie nur scheinbar den Beweis betreffen, in Wahrheit aber bindende materiellrechtliche Bestimmungen enthalten.

b) Nicht beweisbedürftig sind notorische, offenkundige Thatsachen. Dem steht nicht entgegen, dass die Quelle, aus der das Gericht seine Wissenschaft von den beweiserheblichen Thatsachen schöpft, nach § 260 St.P.O. „der Inbegriff der Verhandlungen" sein soll. Denn daraus ergiebt sich zwar unmittelbar, dass der Akteninhalt als solcher für das Gericht nicht *in mundo* ist[13]); und ferner, dass der Richter Thatsachen, die er als Privatmann weiss, nicht verwerten darf[14]).

---

[7]) Vgl. aber unten Ziffer 2 zu St.G B. § 190.

[8]) So richtig Bennecke 280 Anm. 12; Binding Normen II, 130; Handb. I, 130; Ötker 608. Auch Glaser I, 359 leugnet anscheinend die prozessuale Natur der blossen *praesumtiones juris* nicht, sondern nur (mit Recht) die der *praesumtiones juris et de jure*.

[9]) So Ötker 608; E XX, 321; Binding Grdr. 139; Stein, Priv. Wissen 50. A. M. Bennecke 280 Anm. 12; v. Kries 10.

[10]) Ebenso Geyer 482; Bennecke 280; Binding, Grdr. 138; Stein, Priv. Wissen 50. A. M. v. Kries 338, 343.

[11]) Vgl. Olshausen 2 zu § 217 St.G.B.

[12]) Binding Grdr. 138.

[13]) Löwe 1a zu § 260; E. I, 81, II, 76, XVI, 327; R. I, 840, 236; IX, 610.

[14]) E. XVI, 327, XXVI, 273; R. IX, 610; R. Schmidt, Aussergerichtliche Wahrnehmungen des Prozessrichters, Sächs. Arch. f. bürg. Recht II, 265; Stein, Priv. Wissen des Richters, 1 ff.

Hat z. B. der Amtsrichter bei einem Spaziergange eine Schlägerei mit angesehen, so kann er dieses sein Wissen als Vorsitzender des Schöffengerichts nicht verwerten; sollte seine Bekundung überhaupt notwendig sein, so müsste er als Zeuge vernommen werden, und sein Vertreter den Vorsitz im Schöffengericht übernehmen.

Anders aber verhält es sich mit den sogenannten notorischen, offenkundigen Thatsachen [15]), deren man zwei Arten zu unterscheiden hat, sogenannte allgemeinkundige, das sind solche, die Gemeingut der Menschheit überhaupt [16]) (womit nicht gesagt ist, dass alle Menschen ohne Ausnahme sie kennen müssen) [17]) oder mindestens der auf einem bestimmten Raume Ansässigen sind [18]) [19]), und sogenannte gerichtskundige, das sind solche, die die Richter in dieser ihrer amtlichen Eigenschaft wahrgenommen haben [20]), (einschliesslich ihrer eigenen amtlichen Handlungen).

Die Gerichtskundigkeit ist das minus gegenüber der Allgemeinkundigkeit [21]).

Einverständnis herrscht im allgemeinen darüber, dass das Gericht allgemeinkundige Thatsachen ohne Beweiserhebung dem Urteil zu Grunde legen darf [22]). Für die blos gerichtskundigen Thatsachen muss aber das Gleiche gelten [23]). Der § 291 C.P.O. ist im Wege der Analogie auf den Strafprozess zu übertragen. Der innere Grund für diesen Satz ist darin zu finden, dass das, was der Richter amtlich erfährt, ihm mit der gleichen Zuverlässigkeit unterbreitet wird, wie wenn er Beweis darüber erhöbe. Dem Einwand, die Zulassung der Gerichtskundigkeit widerstrebe dem § 260 St.P.O. (oben S. 324) [24]), wird sofort die Spitze abgebrochen, wenn — was allerdings gefordert werden muss [25]) — das Gericht über die Notorietätsfrage verhandelt, d. h. den Parteien

---

[15]) Darüber Stein, Priv. Wissen 138; über den Gegensatz zu den notorischen Erfahrungssätzen s. bes. das. 74 ff.

[16]) Z. B. Thatsachen der Weltgeschichte.

[17]) Stein 142.

[18]) Z. B. geographische Entfernungen im Umkreise des Gerichts.

[19]) Die Preuss. A.G.O. I 10 § 56 definierte: „Notorisch sind Thatsachen, welche dergestalt allgemein bekannt sind, dass kein vernünftiger Grund, sie in Zweifel zu ziehen, vorhanden ist.“ Ausführlich Stein, Priv. Wissen 138 ff.

[20]) Z. B. die ihnen aus dem Justizministerialblatte bekannt gewordenen Ernennungen, der Inhalt der ihnen vorgelegten Justizministerialreskripte u. s. w.

[21]) So richtig Bennecke 287. Das besagt aber nicht, dass die Gerichtskundigkeit der engere Begriff gegenüber der Allgemeinkundigkeit wäre. Stein Priv. Wissen 157.

[22]) Löwe 1 b zu § 260; E. XVI, 327, XXXI, 186; R. IX, 610; Bennecke 286.

[23]) Übereinstimmend v. Kries 339; Stein, Priv. Wissen 151. A. M. die in Anm. 24 Citierten.

[24]) So Bennecke 287; Löwe 1 b zu § 260; S., G.S. XLIII, 302.

[25]) Über die nicht einheitliche Reichsgerichts-Judikatur s. Löwe 1 b zu § 260.

die Möglichkeit eröffnet, sich darüber auszusprechen[26][27]). Unzulässig wäre es, wenn das Gericht die Parteien erst in den Urteilsgründen mit der Eröffnung überraschen wollte, diese und jene Thatsache sei als gerichtskundig angenommen worden.

2. Der Umstand, dass die betreffende Thatsache schon in einem anderen Civil-, Verwaltungs- oder Strafverfahren für bewiesen erachtet worden ist, macht den Beweis nicht unnötig in dem Sinne, dass das Gericht genötigt wäre, die Beweisfrage als schon entschieden anzusehen[28]). Auch in dem Falle, dass das Strafgericht gemäss § 261 Abs. 2 St.P.O.[29]) dem Civilgericht zur Entscheidung eines präjudiziellen Rechtsverhältnisses den Vortritt gelassen hätte, bestünde keine Nötigung für den Strafrichter, sich die Auffassung des Civilgerichtes zu eigen zu machen[30]).

Wohl aber kann das Gericht in allen den Fällen, wo in einem vorangegangenen Prozess Feststellungen getroffen worden sind, sich diese ohne eigene Beweisaufnahme aneignen, falls dagegen keine Bedenken vorliegen[31]). Denn sonst hätte der § 261 Abs. 2 St.P.O. keinen rechten Zweck; überdies ergiebt sich die Zulässigkeit solcher Nutzbarmachung früherer Feststellungen aus § 399 $^{4}$ St.P.O.[32])

Eine *de lege ferenda* zu missbilligende[33]) Ausnahme von dem sub 2 an die Spitze gestellten Satze bildet § 190 St.G.B., insofern hier vorgeschrieben ist, dass das Gericht in einem Beleidigungsprozess an die Auffassung, die ein Gericht in einem vorangegangenen Strafprozess über die Beweisfrage bezüglich gewisser Thatsachen hatte, gebunden ist. § 190 St.G.B. stellt sonach eine Art Präsumtion dar, und zwar eine unwiderlegliche[34]),

---

[26]) In diesem Sinne zutreffend Birkmeyer 513: Das Gericht dürfe notorische Thatsachen nur berücksichtigen, wenn sie in der mündlichen Verhandlung behauptet worden seien; nur ist hier der Ausdruck „behauptet" zu eng, da er lediglich auf Parteianführung passt, während doch auch der Hinweis des Gerichts auf die notorische Thatsache genügen muss. Auch Stein 166.

[27]) Dieser Gedanke darf natürlich nicht dahin ausgebeutet werden, dass der Richter auch seine Privatkenntnis verwerten könne, wenn nur darüber verhandelt werde. Zur Kundgebung privaten Wissens dient einzig und allein die Vernehmung als Zeuge.

[28]) E. XII, 1, XIV, 364, XVIII, 438; R. VIII, 583; Bennecke 282 ff.

[29]) Oben § 61 S. 214.

[30]) Löwe 5 zu § 261; Bennecke 566.

[31]) Löwe 5 zu § 261; Bennecke 283. A. M. v. Kries 562.

[32]) Unten § 134.

[33]) Binding, Normen II, 611.

[34]) Anders Bennecke 281 Anm. 16: „Eine Präsumtion — welche eine unwiderlegliche wäre — ist in § 190 nicht zu finden. Der Wahrheitsbeweis ist nicht ausgeschlossen, weil die Wahrheit u. s. w. präsumiert würde, sondern weil, wenn auch in einem anderen Verfahren, der Wahrheits- oder Unwahrheitsbeweis bereits geführt ist." Aber vom Standpunkte des jetzt mit der Sache befassten Richters liegt ein ihn bindender Befehl, die Thatsache so oder so hinzunehmen, vor, das aber ist das Wesen der Präsumtionen.

aber nur eine Präsumtion für den objektiven Sachverhalt, nicht für den Vorsatz des Thäters[35]). Sie gilt natürlich so lange, als ihre Grundlage nicht erschüttert ist; rechtskräftige Aufhebung des im Vorprozess ergangenen Urteils im Wiederaufnahmeverfahren giebt also dem Gericht im Beleidigungsprozess seine volle Freiheit zurück[36]).

Streng zu trennen von der im Vorstehenden erörterten Frage nach der Gebundenheit des Strafrichters durch die in einem Vorprozess getroffenen thatsächlichen Feststellungen ist die Frage nach der Gebundenheit des Strafrichters durch die in einem Civil- oder Verwaltungsprozess rechtskräftig ergangene Entscheidung als solche: die rechtskräftige Civil- oder Verwaltungsentscheidung macht *res judicata*, sie selbst ist also ein rechtserheblicher Vorgang, der Wirkungen nach sich zieht, und dieser Vorgang darf natürlich auch vom Strafrichter nicht ignoriert werden[37]). Hat der Civilrichter z. B. im Vindikationsprozess A c/a. B eine Sache dem Kläger A rechtskräftig zugesprochen, so gehört die Sache nunmehr dem A; nimmt B sie ihm also jetzt fort, so begeht er einen Diebstahl, und der Strafrichter kann das Civilurteil nicht mit der Motivierung beseitigen, dass es ihn nicht überzeuge[38]). Hätte ferner das Civilgericht durch rechtskräftiges Urteil eine Ehe geschieden, so könnte der Strafrichter nicht die Ehe als fortbestehend behandeln; ebenso könnte im Strafprozess wegen Bigamie (§ 171 St.G.B.) das die Ehe für nichtig erklärende Civilurteil vom Strafrichter weder ignoriert noch bekämpft werden[39]). Für die im Verwaltungsstreitverfahren ergangenen Urteile gilt Entsprechendes. Aber auch einfache Verwaltungsakte binden den Strafrichter insofern, als sie konstitutiv wirken (als rechtbegründende oder -vernichtende Thatsachen in Betracht kommen); z. B. Erteilung einer Konzession, eines Patents, Nichtigkeitserklärung in Betreff eines Patents.

3. Gewisse Thatsachen sind der forschenden Thätigkeit des Gerichts entzogen, sodass das Gericht auf ihre Erforschung gar nicht

---

[35]) Binding, Normen II, 612.

[36]) Frank I 1 zu § 190; Olshausen 2 zu § 190.

[37]) Mot. 188, 189; E. XVIII, 440; Löwe 1 zu § 261; Ullmann 295; Fuchs H. H. II, 91; Glaser II, 90; Geyer 482; Birkmeyer 119. Diese Gebundenheit des Strafrichters bezieht sich nicht bloss auf Fragen, die das Prozessverhältnis bedingen, sondern auch auf materiellstrafrechtliche Punkte. Ötker 609 (gegen Bennecke 284).

[38]) Käme dagegen in Frage, wer vor dem Civilurteil Eigentümer war, und hätte das Civilgericht im Urteil festgestellt, dass A dies gewesen sei, so bände diese Feststellung (nach dem oben Ausgeführten) den Strafrichter nicht.

[39]) Bennecke 284 Anm. 9; Binding, Grdr. 111.

ausgehen darf: sogenannte Beweisverbote. Sie können sein absolute Beweisverbote, denenzufolge eine Thatsache völlig dem Beweis entzogen ist, oder relative, denenzufolge sie nur durch ein oder das andere Beweismittel nicht soll bewiesen werden können.

Ein absolutes Beweisverbot muss in § 251 St.P.O. gefunden werden. Das Gesetz verordnet hier:

> „Die Aussage eines vor der Hauptverhandlung vernommenen Zeugen, welcher erst in der Hauptverhandlung von seinem Rechte, das Zeugnis zu verweigern, Gebrauch macht, darf nicht verlesen werden."

Der Sinn dieser Bestimmung ist der, dass eine berechtigte Zeugnisweigerung des Zeugen (unten § 88) rückwirkend auch diejenige Aussage ergreifen soll, die der Zeuge etwa zuvor bereits gemacht hat. Diese frühere Aussage ist infolge der nachherigen Weigerung *pro non facta* anzusehen, das Gericht darf sie nicht benutzen. Ist nun die unmittelbare Beweiserhebung gesetzlich verboten, dann ist es die mittelbare erst recht [39a]). Deshalb ist nicht nur die Protokollverlesung, die der § 251 ausdrücklich nennt, unzulässig, sondern erst recht die — ja dem Protokoll gegenüber viel unzuverlässigere — Vernehmung irgend welcher Zeugen, besonders der Urkundspersonen, darüber, was der Zeuge damals gesagt habe [40]), desgleichen die Verlesung irgend welcher von dem Zeugen herrührender Schriftstücke, Briefe u. s. w., über das Beweisthema [41]).

Das Beweisverbot des § 251 St.P.O. muss auf die von einem Sachverständigen erstatteten Gutachten analog ausgedehnt werden [42]); sie werden unbenutzbar mit dem Augenblick, wo der Sachverständige berechtigtermassen sein Gutachten weigert [43]).

Über die relativen Beweisverbote ist unten in der Lehre von den Beweismitteln zu handeln [44]).

---

[39a]) So jetzt ausdrücklich M.St.G.O. § 306.

[40]) Übereinstimmend Löwe 3 zu § 251; Binding Grdr. 153; v. Schwarze G.S. XXXIII, 270; Ötker 611, Geyer Z. II, 324; Keller 2 zu § 251; Glaser I, 546; John III, 212, ders. Z. II, 324; Hellweg-Doochow 183 Anm. 42; v. Kries 377, ders. Z. VI, 94 ff; Muskat G.A. XXXVI, 293; Kohler, Jur. Liter.-Bl. VI, 118, wohl auch Bennecke 547 Anm. 38. A. M. R. III, 449, 678, IV, 271, VII, 278, IX, 342; E. V, 143, XVI, 119; Gösch, Mecklenb. Ztschr. f. Rechtspflege I, 141; Pollack G.A. XXXIII, 232.

[41]) A. M. E. XIV, 266, XXII, 51; Bennecke 546 Anm. 34; Löwe 8 zu § 253; R. II, 644.

[42]) A. M. Bennecke 363 Anm. 5, 547.

[43]) Unten § 90.

[44]) Vgl. § 85 III a. E.

## § 84.

### b) Die Beweisthätigkeit.

I. Während es im Civilprozess Sache der Parteien ist, dem Gericht Beweis zu erbringen[1]), ist im Strafprozess das Gericht dazu berufen, *ex officio* den etwa vorhandenen Beweisen für alle erheblichen Thatsachen, sie seien belastende oder entlastende, nachzuspüren und die Beweiserhebung selbst zu besorgen[2]). Vgl. St.P.O. § 153 Abs. 2. Im Strafprozess „beweist" also das Gericht sich selbst. *Judici fit probatio,* aber auch *per judicem fit probatio*[3]). Die entsprechende Thätigkeit der Staatsanwaltschaft heisst „Erforschung des Sachverhalts, Vornahme von Ermittelungen" und ähnlich, St.P.O. §§ 158, 159. Sehr bezeichnend ist der Sprachgebrauch in § 158 Abs. 2, wonach die Staatsanwaltschaft für die Erhebung der Beweise Sorge zu tragen hat[4]).

Nur ausnahmsweise kann sich das Gericht in der Ausführung der einzelnen Beweiserhebungsakte (Befragung der Zeugen u. s. w.) durch die Parteien vertreten lassen. So im Falle des Kreuzverhörs, St.P.O. § 238. Doch bleibt auch hier das Gericht der „Destinatär der Beweisführung"[5]).

II. Demgemäss giebt es im Strafprozess keine Behauptungslast und keine (formelle) Beweislast[6]), derzufolge die Rollen von Beweisführer und Beweisgegner unter die Parteien verteilt wären[7]), und folgerecht auch keine „Beweisfälligkeit". Unpassend ist deshalb für den Strafprozess die Wendung, es würden „Behauptungen" bewiesen: ob eine Thatsache von einer Partei behauptet worden ist, oder nicht, ist völlig unerheblich, auch nicht behauptete Thatsachen sind Gegenstand des Beweises. Das Beweisthema *(thema probandum)* ist somit im Strafprozess nicht notwendig von vornherein fest formuliert[8]).

Deshalb unterscheiden sich auch „Beweis" (Haupt-, Belastungs-, Anschuldigungsbeweis) und „Gegenbeweis" (Entlastungs-, Entschuldigungs-, Verteidigungsbeweis) nicht durch die Verschiedenheit der Prozess-

---

[1]) Der Gebrauch des Wortes „Beweisen" deckt sich im Civilprozess mit dem des täglichen Lebens: es werden unterschieden eine Person, die beweist, und eine, der bewiesen wird, Heusler Arch. f. civ. Pr. LXII, 216.

[2]) Instruktionsmaxime, oben § 69.

[3]) Bennecke 289; dagegen Birkmeyer 401.

[4]) Bennecke 289 Anm. 3.

[5]) Ötker 609.

[6]) Über die sogenannte materielle Beweislast s. unten § 92 II.

[7]) John I, 492; Geyer H.H. I, 216; Lehrb. 710; Glaser I, 364.

[8]) Vgl. hierzu Heinze G.A. XXIV, 279 f.

subjekte, von denen sie ausgehen, sondern nur durch den Gegensatz der Thatsachen, auf die sie sich beziehen, d. h. im Strafprozess liegt der Gegenbeweis so gut wie der Belastungsbeweis in der Hand des Gerichts; letzteres muss ebensogut die etwa vorhandenen Gründe, die gegen die Richtigkeit einer (*prima facie* bewiesenen oder präsumierten) Thatsache sprechen, wie die dafür sprechenden, aufsuchen[9]). Die Unterscheidung von „klagebegründenden Thatsachen", „Einredethatsachen" u. s. w. hat in Strafprozess keine Stätte.

Sache der Parteien ist es lediglich, die Beweiserhebungsthätigkeit des Gerichts anzuregen (z. B. St.P.O. § 248), auf das Vorhandensein von Beweismöglichkeiten aufmerksam zu machen u. s. w., so jedoch, dass auch ohne solche Anregung das Gericht in der Lage ist, von sich aus forschend vorzugehen[10]). Einen „Beweisantritt" der Partei braucht das Gericht in keiner Beziehung abzuwarten, vielmehr muss es auch ohne solchen forschend vorgehen, wo irgend ein Zweifelspunkt hervortritt[11]). Etwas anderes ist es, dass nach §§ 408, 409 St.P.O. der Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens begleitet sein muss von der Namhaftmachung bestimmter Beweisthemata und Beweismittel. Diese Vorschrift betrifft nur die formale Zulässigkeit des Antrages; ist dieser Antrag zugelassen, so ist das Gericht von dem Beweisantritt der Parteien unabhängig[12]).

Von einer Beweislast im Sinne des Vorausgeführten[13]) lässt sich auch insoweit nicht sprechen, als es sich um das Ankämpfen gegen Präsumtionen handelt. Auch diese Thätigkeit ist durchaus Sache des Gerichts, derart, dass auch ohne Anregung des Beschuldigten, ohne seinen Beweisantritt, das Gericht Umschau halten muss, ob irgend welche Anhaltspunkte vorhanden sind, die im konkreten Falle die Richtigkeit der Präsumtion entkräften könnten[14]). Irreführender Weise spricht das Gesetz mehrfach von einem „Nachweisen des Beschuldigten" (so z. B. in St.G.B. § 381 [8]); aber es fehlt jeder Anhalt dafür, dass diese Worte technisch gemeint seien.

---

[9]) Vgl. Geyer H.H. I, 211.

[10]) Abgesehen natürlich vom Ermittelungsverfahren, wo der Richter nur Gehülfe der Staatsanwaltschaft ist.

[11]) Bennecke 289 Anm. 2; John I, 468 ff. Bennecke ist vollkommen im Recht, wenn er den Begriff des Beweisantritts im Sinne des Civilprozesses als dem Strafprozess unbekannt bezeichnet. Gegen ihn Birkmeyer 397.

[12]) Bennecke 781.

[13]) Anders bezüglich der sogenannten „materiellen Beweislast", unten § 92 II.

[14]) Übereinstimmend Bennecke 290—291; vgl. auch E. XXX, 145. Dagegen will Ötker 609 Präsumtionen anerkennen, die nur auf Gegenbeweisantritt hin entkräftbar seien; ebenso wohl Binding Normen II, 609 Anm. 916, Grdr. 140.

Es ist auch nicht zu übersehen, dass die Präsumtionen, weil prinzipwidrig[15], thunlichst einschränkend zu interpretieren sind. Sie thun der materiellen Wahrheit schon sowieso genug Abbruch.

Verhält sich also der wegen Obdachlosigkeit (St.G.B. § 361[8]) Angeklagte im Prozess auch völlig passiv, z. B. weil ihm daran gelegen ist, im Winter Unterkunft in Haft zu finden, so muss gleichwohl das Gericht Ermittelungen anstellen, ob er sich um Unterkommen bemüht habe oder nicht[16].

III. Die Unabhängigkeit des Richters vom Willen der Parteien in Ansehung der Beweisthätigkeit erstreckt sich aber nicht bloss auf den Inhalt der Beweisaufnahme (vorstehend II), sondern auch auf ihren Umfang, auf die Beweismittel und die Form ihrer Benutzung.

Die Parteien können den Richter weder nötigen, mit der Beweisaufnahme inne zu halten, wenn er weitere Ausdehnung für nötig hält, noch umgekehrt sie weiter auszudehnen, als er für nötig hält[17].

Die Parteien können ferner dem Richter keine dem Gesetz fremden Beweismittel aufnötigen[18], etwa einen zugeschobenen Eid im Privatklageverfahren, den der Delat zu schwören gewillt ist.

Die Parteien können endlich wenigstens regelmässig dem Richter nicht bindend vorschreiben, wie er die Beweise erheben soll; z. B. würde ein Verzicht der Parteien auf Vereidigung eines Zeugen wirkungslos sein[19]; umgekehrt könnte auch das Einverständnis der Parteien nicht die Beeidigung eines Zeugen rechtfertigen, der nach dem Gesetz nicht beeidigt werden darf[20]. Anders nur insoweit, als die Wahrung der gesetzlichen Formvorschrift ausschliesslich zu Gunsten der Parteien vom Gesetz verlangt wird[21].

IV. Der Zeitpunkt im Prozess, in dem die Beweisaufnahme erfolgt, ergiebt sich von selbst aus dem Bedürfnis. Der Schwerpunkt liegt, wie überhaupt, so auch für die Beweisfrage in der Hauptverhandlung. Aber auch schon vor ihr, besonders zur Gewinnung der

---

15) Oben § 69 S. 249.
16) Übereinstimmend Frank VIII 4 zu § 361[8] St.G.B.; Oppenhoff 58 zu § 361. A. M. Olshausen c zu § 361[8].
17) In letzterer Hinsicht gilt für die Hauptverhandlung eine Ausnahme: § 244 St.P.O., unten § 121.
18) Bennecke 304. Vgl. John III, 341.
19) R. I, 398 und die H. M. — A. M. v. Schwarze 2 zu 56.
20) Bennecke 326.
21) Vgl. Glaser I, 428; Bennecke 304; E. IV, 301; VIII, 49; R. I, 362 II, 156; V, 535; VI, 624; VIII, 731.

Grundlage für die Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens, wird Beweisthätigkeit entfaltet, für die im allgemeinen das gleiche wie für die Beweiserhebung in der Hauptverhandlung gilt, soweit nicht der beschränkte Zweck Einschränkungen bedingt, sei es im *qantum* der Beweiserhebung (s. z. B. St.P.O. § 188), sei es im *quale* (z. B. Nichtbeeidigung der Zeugen im Vorverfahren, St.P.O. § 65 Abs. 1)[22]).

Auch eine Frist für die Beweisthätigkeit (Beweisfrist) ist dem Strafprozessrecht nicht bekannt, vgl. St.P.O. § 245. Desshalb kommt besonders in der Hauptverhandlung ein Beweisantrag immer noch zurecht, solange er nur thatsächlich noch berücksichtigt werden kann[23]). Auch eine Ablehnung eines Beweisantrages mit der Motivierung, dass der Antrag nur auf Verschleppung der Sache abziele, ist der St.P.O. unbekannt[24]) (im Gegensatz zur C.P.O. vergl. N.C.P.O. § 279, 374, 433).

V. Die Beweisthätigkeit im eigentlichen Sinne prüft, ob eine Thatsache wahr sei.

Bei blosser Glaubhaftmachung[25]) darf sich das Gericht bezüglich der materiellrechtlich bedeutsamen Thatsachen nie beruhigen[26]). — Für die Glaubhaftmachung prozessual erheblicher Thatsachen aber[27]) gilt das vorstehend I—IV Ausgeführte grundsätzlich nicht[28]), bei ihr ist nicht der Richter die Seele der zu entwickelnden Thätigkeit, sondern die Partei bezw. der Dritte. Der Richter hat abzuwarten, welche Glaubhaftmachungsmittel ihm geboten werden[29]) und nur diese prüft er, so jedoch, dass er nicht notwendig bei ihrer Vorführung rein passiv bleiben muss, sondern die vorgeführten Zeugen u. s. w. selbst abhört und dergl.[30]).

---

[22]) Vgl. hierzu Bennecke 301—302.
[23]) Vgl. E. III, 116; XIX, 367; XXVIII, 340; R. II, 631; Bennecke 537.
[24]) A. M. das Reichsgericht E. XII, 335; XIII, 151; R. VII, 427, 550, 679; Löwe 9 b zu § 243; Birkmeyer 97. Richtig Bennecke 537. Das Reichsgericht hat Recht damit, dass die Ablehnung des Antrages wegen Verschleppungsabsicht gegen § 245 St.P.O. nicht verstossen würde. Aber damit ist noch nicht der positive Beweis für die Zulässigkeit solcher Ablehnung erbracht. Vgl. auch oben § 75 IV S. 284.
[25]) Oben S. 321 oben.
[26]) Auch nicht bei Erlass eines Strafbefehls, vgl. unten § 147.
[27]) Oben S. 320.
[28]) Vgl. oben § 82 II 2.
[29]) Binding, Grdr. 140. Teilweise a. M. v. Kries 342.
[30]) Bennecke 295.

## c) Die Beweismittel und ihre Benutzung.

### § 85.

#### α) Im allgemeinen.

I. Beweismittel (ungenau als „Beweise“ bezeichnet) sind diejenigen Sachen und Personen, durch deren Nutzbarmachung für den Prozess (sogenannte Beweisaufnahme oder Beweiserhebung) sich das Gericht die Kenntnis erheblicher Thatsachen verschafft[1]).

Unrichtig ist es, die Indizien zu den Beweismitteln zu rechnen; diese sind vielmehr selber beweisbedürftige Thatsachen, vgl. oben S. 318, der Beweis aus ihnen wird im Wege logischen Denkens, durch Schlussfolgerung, gewonnen: die Beweisthätigkeit erreicht ihren Abschluss mit dem Beweise des Indizes, von da ab setzt reine Gedankenoperation ein[2]).

II. Dem Strafprozess unbekannt sind die sogenannten „formalen“, Beweismittel des Civilprozesses, wie z. B. der Parteieid[3]). Gemäss dem Instruktionsprinzip kennt der Strafprozess vielmehr nur „materielle“ Beweismittel und zwar

a) „sächliche Beweismittel“[4]), das sind die als Beweismittel dienenden Sachen — *real evidence, probatio mortua.*

b) „persönliche Beweismittel“, das sind die als Beweismittel dienenden Menschen — *personal evidence*[5]).

III. Die verschiedenen Arten von Beweismitteln sind *in abstracto* einander völlig gleichwertig. Das Gesetz bestimmt nicht, dass etwa bestimmte Thatsachen nur durch diese oder jene Art von Beweismitteln bewiesen werden können. Jede Thatsache ist vielmehr grundsätzlich durch Beweismittel aller Art beweisbar. So kann z. B. der Besitz der

---

[1]) Vgl. Rupp, Beweis im Strafverfahren, 105 ff.

[2]) Unrichtig selbst Binding, Grdr. § 84; Geyer, H. H. I, 303; Birkmeyer 405, 454, die die Konsequenz nicht ablehnen können, dass bei ihrer Auffassung „Beweismittel“ durch andere „Beweismittel“ bewiesen werden, was undenkbar ist. Mindestens auffallend ist es doch auch, dass, wie Birkmeyer 456 treffend sagt, „eine förmliche Aufnahme des Indizienbeweises nicht stattfindet; dieselbe würde bestehen in der Vornahme der Schlussfolgerung von dem Indiz auf die zu beweisende Thatsache; allein diese Thätigkeit fällt mit der Beweiswürdigung zusammen,“ Wie wäre das denkbar, wenn die Indizien Beweismittel wären? Richtig John I, 464; Heusler, Archiv für civ. Pr. LXII, 428 Anm. 5; Bennecke 299; v. Kries 333; Löwe 4b zu § 153, 4 zu § 210, 5 zu § 266.

[3]) Vgl. Heinze G.A. XXIV, 281.

[4]) Gewöhnlich wird von „sachlichen“ Beweismitteln gesprochen. Das ist sprachlich inkorrekt, der Gegensatz zu „persönlich“ ist „sächlich“, sachlich bildet den Gegensatz zu „formell“ u. dergl.

[5]) Vgl. Glaser I, 647; dazu aber v. Kries Z. VI, 143.

„zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderlichen Einsicht“ bei Jugendlichen nicht etwa bloss durch Augenschein, sondern auch auf anderem Wege bewiesen werden [6]).

Diese Regel wird jedoch durchbrochen durch die relativen Beweisverbote [7]). Dahin gehören besonders

a) die Bestimmung, dass Thatsachen, auf die sich die Pflicht eines öffentlichen Beamten zur Amtsverschwiegenheit erstreckt, nicht durch Zeugenvernehmung des Beamten selbst festgestellt werden dürfen, insoweit nicht die vorgesetzte Dienstbehörde die Aussage genehmigt, St.P.O. § 53 [8]). Dies Beweisverbot gilt natürlich auch, wenn der Beamte für seine Person bereit wäre, auszusagen.

Lediglich nach Massgabe des § 53 ist auch die Frage zu beurteilen, inwieweit ein Richter über amtliche Vorgänge zu befragen ist [9]).

Dieses Beweisverbot ruht zwar auf dienstlichem Interesse, nicht auf prozessualen Gesichtspunkten, gleichwohl wirkt es prozessual; ein Verstoss dagegen würde also zur Anfechtung mittels eines Rechtsmittels die Handhabe bieten [10]).

Das vorstehend Ausgeführte gilt nach St.P.O. § 72 auch für die Heranziehung eines öffentlichen Beamten als Sachverständigen. Weitergehend verordnet aber ausserdem der § 76 Abs. 2 St.P.O., dass ein öffentlicher Beamter auch dann nicht als Sachverständiger vernommen werden darf, wenn die dem Beamten vorgesetzte Behörde erklärt, dass die Vernehmung den dienstlichen Interessen Nachteil bereiten würde, während es sich bei § 53 um das Staatswohl handelt, s. Anm. 8. Im Gegensatz zu § 53 hat hier aber die Erklärung der vorgesetzten Behörde resolvierende, nicht suspendierende Kraft, die Vernehmung ist von vornherein zulässig, sie wird erst durch den Einspruch der Behörde unstatthaft [11]). Dagegen muss auch hier

---

[6]) E. XXIV, 411.

[7]) Vgl. oben § 83, 3.

[8]) Die Genehmigung darf aber nur versagt werden, wenn die Aussage dem Wohle des Reiches oder eines Bundesstaates nachteilig sein würde, St.P.O. § 53 Abs. 2.

[9]) A. M. das Reichsgericht, E. XXVI, 202, welches ein Beweisverbot auch aus §§ 1, 200 G.V.G. (in Betr. der Hergänge bei der Beratung) herleiten will. Zustimmend Binding Grdr. 152. Aber die Amtspflicht steht im Sinne der St.P.O. der Zeugnispflicht prinzipiell nach, unten § 88, die einzige Durchbrechung und zugleich die *sedes materiae* bildet der § 53 St.P.O. Die Entscheidung tritt auch in einen gewissen Widerspruch mit R. VI, 517, wo richtig ausgeführt wird, dass das Wahlgeheimnis für die Zeugenvernehmung keine Schranke bildet.

[10]) A. M. Bennecke 318 Anm. 8.

[11]) Bennecke 364.



behauptet werden, dass das Beweisverbot nicht nur disziplinarische, sondern auch prozessuale Wirkung hat[12]).

b) Hierher gehört ferner die Bestimmung, dass Akten und andere in amtlicher Verwahrung befindliche Schriftstücke nicht als Beweismittel für ihren Inhalt herangezogen werden dürfen, wenn behördlicherseits gegen das Bekanntwerden des Inhalts mit der Motivierung Einspruch erhebt, dass das Wohl des Reiches oder eines Bundesstaates dadurch gefährdet werden würde — St.P.O. § 96[13]).

c) Ein relatives Beweisverbot stellt endlich auch die Bestimmung dar, dass in gewissen Fällen richterliche Vernehmungsprotokolle sollen verlesen werden dürfen (St.P.O. §§ 250, 253); denn darin liegt *implicite* angeordnet, dass andere, besonders polizeiliche Vernehmungsprotokolle ausgeschlossen sind[14]).

IV. Benutzbar sind im Prozesse nur die ordnungsmässig erlangten Beweismittel. Deshalb sind z. B. sächliche Beweismittel, die in gesetzwidriger Weise (z. B. entgegen den § 97, 99 ff. St.P.O.) beschafft worden sind, unbenutzbar[15]); ebenso würde die Berücksichtigung der Aussage eines Zeugnisweigerungsberechtigten, dem zu Unrecht sein Weigerungsrecht vom Gericht abgesprochen worden ist, dem Gesetz zuwiderlaufen; auch das Zeugnis eines nach § 51 St.P.O. Weigerungsberechtigten, der nicht gemäss § 51 Abs. 2 über sein Weigerungsrecht belehrt worden ist, wäre nicht ordnungsmässig erlangt und dürfte nicht benutzt werden[16]).

### β. Die einzelnen Beweismittel.

#### *1. Die sächlichen Beweismittel.*

## § 86.

### aa) Wahrnehmungsobjekte.

I. Alle Gegenstände der Erscheinungswelt, sie seien bewegliche oder unbewegliche Sachgegenstände oder lebende oder tote menschliche

[12]) A. M. Bennecke 364 Anm. 7.

[13]) Dies ist der materielle Inhalt des § 96, der seinem Wortlaut nach allerdings nur von „Vorlegung“ und „Auslieferung“ der Akten u. s. w. spricht.

[14]) Vgl. darüber des Genaueren unten § 87 II.

[15]) E. XX, 91.

[16]) Wäre die Aussage benutzt worden, so gäbe dies einen Anfechtungsgrund gegenüber dem Urteil, das sich auf die Aussage gründet, und zwar selbst dann, wenn das Gericht den Umstand, der das Weigerungsrecht begründet, nicht kannte. So R. VII, 346, IX, 129; Löwe 12 zu § 51; Bennecke 321 Anm. 30; v. Kries 358. A. M. E. XVI, 214; Stenglein 17 zu § 51.

Körper, können im Prozess als Beweismittel in Frage kommen, insofern ihre Beschaffenheit beweiserheblich sein kann[1]), z. B. die Wunde des körperlich Verletzten, die beschädigte Sache, eine Momentphotographie über den deliktischen Vorgang u. s. w. Die Erzielung der sinnlichen Wahrnehmung dieser Beschaffenheit, es sei durch den Gesichtssinn oder durch einen der anderen Sinne, nennt man technisch „Augenschein“[2]) = Augenscheinseinnahme[3]).

II. Zur Duldung einer Augenscheinseinnahme verpflichtet ist:

a) wenn es sich um einen zu beaugenscheinigenden Sachgegenstand handelt, jeder Inhaber des letzteren, *arg.* St.P.O. §§ 94, 95.

Doch wird die prozessuale Benutzung *salva rei substantia* erfolgen müssen, z. B. würde die Niederreissung eines Gebäudes behufs Feststellung, ob in den Mauern gestohlene Sachen eingemauert sind, gegen den Widerspruch des Hauseigentümers für unstatthaft zu erachten sein. Die Praxis verfährt nicht durchaus hiernach, z. B. werden die beschlagnahmten Sachen ohne Bedenken durch chemische oder ärztliche Untersuchung entwertet oder vernichtet, etwa beschlagnahmte Spirituosen zum Zwecke der Feststellung ihres Alkoholgehalts u. s. w. Das Bedürfnis der Strafrechtspflege erheischt auch *de lege ferenda* dringend die Zulassung solcher Eingriffe in bestimmt umrissenen Grenzen. Aber der *lex lata* ist solche Zulassung fremd: das Eigentum ist gewährleistet.

Zweifellos ist, dass niemand, auch der Beschuldigte nicht, verpflichtet ist, Sachgegenstände, die als Beweismittel erwünscht wären, zu erzeugen. Namentlich besteht keine Verpflichtung zur Abgabe einer Schriftprobe zum Zwecke der demnächstigen Schriftvergleichung (unten IV a)[4]).

b) Dagegen ist, wenn es sich um einen lebenden menschlichen Körper handelt, nur der Beschuldigte duldungspflichtig, *arg.* § 102 St.P.O.

---

[1]) Dagegen nicht, wie Bennecke 375 Anm. 7 annimmt, unkörperliche Dinge. Solchen ist mit den 5 Sinnen nicht beizukommen.

[2]) Der Ausdruck „Augenschein“ ist also prägnant, er trifft auch zu z. B. auf die durch das Gehör erfolgende Feststellung, ob ein Klavier verstimmt ist u. s. w. Die bisher sogenannten „Augenscheinsobjekte“ nennt man desshalb besser nach dem Vorgange von R. Schmidt „Wahrnehmungsobjekte“.

[3]) Der Augenschein ist nicht, wie früher meist schief gesagt wurde, und wie jetzt noch Binding 140 und Birkmeyer 403, 413 lehren, Beweismittel; die Augenscheinseinnahme läuft parallel nicht dem Begriff des Zeugen, sondern der Zeugenvernehmung. Beweismittel ist das beaugenscheinigte Objekt. Wach, Krit. Vjschr. XIV, 335; ders., Vorträge über die R.C.P.O., 2. Aufl. 77, 200; v. Kries Z. VI, 145; Bennecke 374; R. Schmidt, Lehrb. d. Civilpr. 256; John I, 484. Die Bemerkung von Birkmeyer 415 Anm. 10: Wer die Augenscheinsobjekte als Beweismittel gelten lasse, der identifiziere Beweismittel und Beweisthema — geht fehl; Beweismittel ist die Sache, Beweisthema diese oder jene Eigenschaft an ihr. Vielmehr gelangt umgekehrt Birkmeyer zu einer unzulässigen Identifikation: bei ihm fällt das Beweisziel (die richterliche Wahrnehmung) zusammen mit dem Beweismittel.

[4]) Bennecke 380.



Diese Duldungspflicht wird auch auszudehnen sein auf das Dulden der die Beaugenscheinigung ermöglichenden Hülfshandlungen (z. B. Zurückstreifen der Kleidung, Bertillonage, Durchleuchten mit X-Strahlen, Aufnahme einer Photographie); nur wird angesichts der verfassungsmässig verbrieften persönlichen Freiheit nicht angenommen werden können, dass der Beschuldigte sich auch solchen auf die Ermöglichung des Augenscheins gerichteten Manipulationen unterwerfen müsste, die seine Körperintegrität beeinträchtigen. (Eingeben von Brechmitteln, operativen Eingriffen und dergl.)

Dagegen brauchen sich andere Parteien (besonders der Privatkläger) und Dritte eine Augenscheinseinnahme an ihrem Leibe überhaupt nicht gefallen zu lassen. Für eine solche angebliche Duldungspflicht[5]) fehlt es an jedem Titel, insbesondere versagt § 103 St.P.O. hier völlig[6]).

III. Die Art und Weise der Augenscheinseinnahme richtet sich im allgemeinen nach dem Bedürfnis des Einzelfalles, so zwar, dass „Augenschein" im beweisrechtlich-technischen Sinne[7]) nur vorhanden ist, wenn ein Richter die sinnliche Wahrnehmung an dem Objekt macht[8]). Das Unmittelbarkeitsprinzip erstreckt sich jedoch, wie oben[9]) dargelegt, auf die Augenscheinsobjekte nicht, das Gericht kann, statt Augenschein einzunehmen, sich über die Beschaffenheit der Sache durch eins der persönlichen Beweismittel oder durch ein über die Augenscheinseinnahme aufgenommenes Protokoll informieren lassen, vgl. St.P.O. § 248 a. E.

Für den ausserhalb der Hauptverhandlung[10]) eingenommenen Augenschein verordnet St.P.O. § 86 die Feststellung des Sachbestands zu Protokoll unter besonderer Hervorhebung des Fehlens etwa vermuteter Spuren und Merkmale. Aus dem Begriff des Protokolls ergiebt sich, dass hierbei nur solche Feststellungen beurkundet werden können, die eine jede der beiden Urkundspersonen, Richter und Protokollführer, gemacht hat[11]).

---

[5]) Sie wird behauptet besonders von Löwe 2 zu § 103; Stenglein 2 zu § 103; H. Seuffert, v. Stengels Wörterb. d. Verwaltungsrechts, I, 290; R. VIII, 458, E. XIV, 194.

[6]) Oben S. 173; v. Holtzendorff in seinem Handbuch I, 324; Geyer 563, 565; John I, 812; Frank Z. XII, 333; Ullmann 318; Bennecke 264, 376; Beling Z. XV, 471.

[7]) Also z. B. im Sinne des § 248 St.P.O.

[8]) Bennecke 375; John I, 717; Löwe 1b zu § 86. Mot. zu Entwurf II § 76 S. 73; zu Entwurf III § 77 S. 61.

[9]) S. 254.

[10]) So Löwe 1 zu § 86; E. XXVI, 277. A. M. Bennecke 376 Anm. 13, der den § 86 auch auf die Hauptverhandlung bezieht.

[11]) E. XVI, 147.

IV. Von „gemischtem" oder „zusammengesetztem" Augenschein[12]) spricht man, wenn der Augenschein unter Mitwirkung von Sachkundigen eingenommen wird. Juristisch können diese Fälle insofern verschieden liegen, als hier entweder der Richter selbst und allein die in Rede stehende Wahrnehmung machen will, sodass der Sachkundige nur als Richtergehülfe fungiert[13]); oder Richter und Sachkundiger Wahrnehmungen machen wollen, letzerer zu dem Behufe, um ein demnächstiges Gutachten darauf aufzubauen — dann handelt es sich um eine Expertise des Sachverständigen[14]) unter gleichzeitiger richterlicher Augenscheinseinnahme —; oder endlich nur eine in Anwesenheit und unter Aufsicht des Richters vorgenommene Expertise vorliegt.

Fälle des „gemischten Augenscheins" sind, wenigstens gewöhnlich,

a) die sogenannte Schriftvergleichung, *comparatio litterarum*, St.P.O. § 93, die zur Ermittelung des Schreibers eines Schriftstückes dient[15]);

b) die sogenannte Obduktion, St.P.O. §§ 87—90. Sie kann entweder Leichenöffnung (Legalsektion), oder Leichenschau sein.

α) Bei der Leichenöffnung müssen notwendig zwei Ärzte mitwirken, von denen einer ein Gerichtsarzt sein muss, während der Arzt, der den Verstorbenen in der dem Tode unmittelbar vorausgegangenen Krankheit behandelt hat, nicht mitwirken, sondern nur als sachverständiger Zeuge vernommen werden darf, § 87 Abs. 1 St.P.O.

Über das Verfahren bei der Sektion treffen die §§ 88—90 St.P.O. nähere Bestimmungen[16]).

Welche Bedeutung der ganze Vorgang prozessual hat, richtet sich nach dem vorstehend IV am Anfang Ausgeführten[17]). Eine Verlesung des aufgenommenen Protokolls in der Hauptverhandlung nach § 248 St.P.O.[18]) ist aber gemäss den Worten dieses Paragraphen nur insoweit

---

[12]) Die Bezeichnung ist nicht glücklich. Vgl. Stein, Priv. Wissen des Richters 64.

[13]) Unten § 90.

[14]) Unten § 90.

[15]) Vgl. hierzu oben IIa, a. E.

[16]) Wenn das Gesetz hier eine Öffnung der 3 Haupthöhlen des menschlichen Körpers bedingungslos vorschreibt, so beruht dies auf der Auffassung der medizinischen Wissenschaft, dass sich die Todesursache nur so sicher beurteilen lässt.

[17]) Es kann daher, wie John I, 729 will, blosser Augenschein vorliegen, es kann aber auch, wie Bennecke 379 Anm. 10 gegen John ausführt, gleichzeitig ein sachverständiges Gutachten abgegeben werden.

[18]) Oben III.



statthaft, als es sich um Augenscheinseinnahme handelt; etwaige darin enthaltene Gutachten können nicht mit verlesen werden. Vielmehr müssen die betreffenden Ärzte ganz den gewöhnlichen Regeln gemäss mündlich in der Hauptverhandlung vernommen werden (soweit ihre Meinung überhaupt verwertet werden soll[19]) und zwar nicht etwa als sachverständige Zeugen[20]), sondern als Sachverständige; denn in der Hauptverhandlung haben sie nicht zu berichten, welches Urteil sie sich damals bei der Leichenöffnung gebildet haben (sie können sich ja z. B. inzwischen von der Unrichtigkeit des damaligen Gutachtens überzeugt haben), sondern sie werden befragt, welches Gutachten sie jetzt abgeben.

*β*) Leichenschau ist die Besichtigung einer Leiche ohne Vornahme einer Eröffnung[21]); bei ihr bedarf es nur der Zuziehung eines Arztes, und selbst dessen Zuziehung ist nicht unerlässlich, St.P.O. § 87 Abs. 2.

## § 87.

### bb) Urkunden.

I. Urkunden, *instrumenta, documenta,* sind gleich den Wahrnehmungsobjekten Gegenstände der Erscheinungswelt. Während aber die Augenscheinseinnahme auf einfache sinnliche Wahrnehmung der körperlichen Beschaffenheit gerichtet ist, will der Urkundenbeweis einen in dem Gegenstande liegenden Gedankeninhalt erschliessen. Einen Gedankeninhalt kann nun ein Gegenstand nur dann in sich schliessen, wenn zuvor ein Mensch jenen Gedankeninhalt durch Schriftzüge[1]) in ihn hineingelegt hat. Die Urkunde ist eine *vox mortua* eines Menschen[2]). Zwar können menschliche Gedanken in der Sinnenwelt sich auch anders als durch Schriftzüge kundgeben, z. B. durch Aufschichtung von Steinen (Zigeunerzeichen[3])). Allein es ist klar, dass hierbei der Gedankeninhalt nur durch Kombination erraten werden kann, weil er nicht in den Gegenstand hineingelegt worden ist. Solchenfalls handelt es sich mithin um blossen Augenschein mit daran

---

[19]) So auch E. II, 153; R. IV, 699; Löwe 5e zu § 248.

[20]) So richtig Bennecke 379; Birkmeyer 417. — Über den Begriff des sachv. Zeugen s. unten § 90.

[21]) Vgl. auch Bennecke 378 Anm. 3.

[1]) Gleichviel in welcher Sprache, gleichwie in welcher Schrift (Stenographie; Chiffreschrift u. s. w.).

[2]) Insofern ist es richtig, wenn Birkmeyer 407 die Urkunden nur als „Erscheinungsform anderer (*scil.* der persönlichen) Beweismittel" bezeichnet. Aber die eigene Beweismittel-Eigenschaft der Urkunde darf darum doch nicht, wie Birkmeyer will, geleugnet werden.

[3]) Vgl. Gross, Handbuch für Untersuchungsrichter, 3. Aufl. 267, Fig. 31.

anschliessender Schlussfolgerung, nicht um Urkundenbeweis. Zum Überfluss verlangt auch St.P.O. § 248 für Urkunden „Verlesbarkeit", gelesen werden kann aber nur Geschriebenes.

Urkunde ist somit ein jeder Gegenstand, in den ein Mensch durch Schriftzüge einen Gedankeninhalt hineingelegt hat — jedes Schriftstück[4]).

Der Phonograph ist somit nicht Urkunde[4a]), wohl aber ist er analog zu behandeln.

Demnach ist der strafprozessuale Urkundenbegriff weiter als der materiellstrafrechtliche[5]): er erfordert

1. nicht, dass die Urkunde irgend etwas zu beweisen vermag — denn ob sie das vermag, das will ja der Urkundenbeweis erst ermitteln; und

2. noch viel weniger, dass die Urkunde für sich allein beweiskräftig sei, also in ihr ein Aussteller sich nenne; denn der Prozess sorgt ja dafür, dass nötigenfalls neben der Urkunde andere Beweismittel, Zeugen, Augenscheinsobjekte, produziert werden, die mit der Urkunde zusammen beweisend wirken.

Fordert man für den materiellstrafrechtlichen Urkundenbegriff Beweisbestimmung[6]), so tritt als weiterer Unterschied des prozessualen Urkundenbegriffs der hinzu, dass im Prozess keinesfalls bloss an den zu Beweiszwecken errichteten Urkunden, sondern an Schriftstücken aller Art Urkundenbeweis aufnehmbar ist[7]).

Dem materiellstrafrechtlichen Urkundenbegriff nähert sich jedoch der prozessuale an in St.P.O. § 399 [1]. Hier werden nämlich solche Urkunden vorausgesetzt, denen man die Eigenschaft als „echt" oder „unecht" beilegen kann; und das ist nur denkbar bei denjenigen Urkunden, in denen sich der Aussteller nennt; die „Echtheit" ist ja eine Formeigenschaft der Urkunde, nicht etwa identisch mit Wahrheit des Inhalts[8]).

---

[4]) Übereinstimmend Bennecke 388.

[4a]) A. M. v. Kries 413.

[5]) Über diesen siehe Beling, Grundz. 77; Z. XVIII, 293; aber auch v. Liszt 547; H. Meyer 708 u. s. w.

[6]) So v. Liszt 547. Vgl. dagegen Beling Z. XVIII, 291.

[7]) Bennecke 389; v. Kries Z. VI, 148. Unrichtig Rupp 170.

[8]) Unzutreffend deshalb Bennecke 390, wenn er den § 399 [1] gelten lassen will bei „Fälschung" aller möglichen Schriftstücke. Die Adresse eines Briefes u. dgl. kann nicht „gefälscht" werden, es lässt sich von ihr nicht sagen, sie sei „echt" oder „unecht". Vgl. Beling Z. XVIII, 295; Krit. Vjschr. 3. F. V, 96.

Demgemäss erklärt sich auch die in § 248 St.P.O. vorkommende Wendung „Urkunden und andere Schriftstücke" ohne Schwierigkeit: „Urkunden" sind hier Urkunden in dem engeren Sinne des § 399 [1]; sie bilden zusammen mit den „anderen Schriftstücken" den oben definierten Begriff der Urkunde im weiteren Sinne [9]).

Zwischen „öffentlichen" und „Privaturkunden" wird im Strafprozess nicht geschieden.

II. Ein Urkundenbeweisverbot gilt bezüglich gewisser im Prozess entstandener Urkunden, nämlich bezüglich der nicht richterlichen Protokolle in den Fällen der §§ 250, 253 St.P.O. In diesen Fällen erfordert das Gesetz ausdrücklich richterliche Vernehmungen, folglich sind andere nicht verwertbar [10]). Ist freilich eine nichtrichterliche Vernehmung oder irgend eine sonstige Niederschrift in einem späteren richterlichen Protokoll derart in Bezug genommen, dass sie zu einem nur äusserlich getrennten Bestandteil des Richterprotokolls geworden ist, so ist sie dadurch als richterliche sanktioniert und so dem Verlesungsverbot entzogen [11]).

Die unzulässige Verlesung der nichtrichterlichen Protokolle darf auch hier nicht durch Vernehmung der Urkundspersonen ersetzt werden. Es gilt hier alles *mutatis mutandis*, was oben [11a]) bezüglich des § 251 St.P.O. gesagt ist.

III. Verpflichtet, die Urkundenbeweisaufnahme zu dulden, ist jeder Inhaber der Urkunde, *arg.* St.P.O. §§ 94, 95.

IV. Nicht jede Beweisaufnahme an einer Urkunde ist Urkundenbeweis. Letzterer dient, wie oben ausgeführt, der Erschliessung des Gedankeninhalts der Urkunde. Eine Urkunde kann aber auch auf ihre Beschaffenheit hin betrachtet werden, auf die Form der Schriftzeichen, die Qualität des Papiers, die verwendete Tinte u. s. w. Alsdann liegt Augenscheinseinnahme vor [12]); hierher gehört auch die sogenannte Schriftvergleichung [13]). Die Urkundenbeweisaufnahme in der Hauptverhandlung erfolgt dagegen durch Verlesung der Urkunde, d. h. es wird der Inhalt der Urkunde durch Lesen verlautbart; namentlich

---

[9]) Birkmeyer 408 versteht unter den „Urkunden im engsten Sinne" (§ 399) die Urkunden mit Beweisbestimmung.

[10]) E. IX, 49; Bennecke 546 Anm. 32.

[11]) E. I, 391, XIV, 1; R. I, 645, IX, 176; Löwe 8c zu § 250; Bennecke 545 Anm. 24. A. M. für § 253 Reichsgericht J.M.Bl. 1894, 285; E. XXIV, 95.

[11a]) S. 328.

[12]) Vgl. Bennecke 390, 543 Anm. 16; v. Kries Z. VI, 144. Das übersieht Rupp 159.

[13]) Oben § 86 IV a.

ist blosse Inhaltskonstatierung durch den Vorsitzenden unstatthaft[14]), desgleichen unstatthaft stummes Lesen der Urkunde durch die Gerichtspersonen[15]).

Etwas ganz anderes als die Verlesung einer Urkunde ist die in der Praxis nicht seltene Vorhaltung des Inhalts einer Urkunde[16]). Diese Vorhaltung ist nicht Urkundenbeweisaufnahme, sie ermöglicht nicht die Benutzung des Urkundeninhaltes, sondern soll nur ein Anreiz für die Person, der gegenüber die Vorhaltung erfolgt, sein, sich über gewisse Punkte (z. B. widerstreitende frühere Aussagen) auszusprechen. Gerade weil die Vorhaltung nicht Urkundenbeweisaufnahme ist, ist sie in weitestem Umfange zulässig, auch hinsichtlich solcher Urkunden, deren Verlesung unstatthaft ist. Nur darf das Gericht nicht der immerhin vorhandenen Versuchung erliegen, seine Überzeugung auf die bloss vorgehaltene Urkunde zu gründen, und noch viel weniger darf es den Weg der Vorhaltung zur Umgehung von Verlesungsverboten beschreiten[17]).

V. Gemäss dem Grundsatz der Unmittelbarkeit darf eine Zeugenvernehmung nicht durch Urkundenbeweis (Protokollverlesung, Verlesung eines Briefes u. s. w.) ersetzt werden, St.P.O. §§ 249 Satz 2, 251[18]). Dagegen ist nicht zu übersehen, dass im geltenden Recht der Urkundenbeweis selbst dem Unmittelbarkeitsprinzip nicht unterworfen ist[19]): an Stelle der (Dispositiv-) Urkunde kann ein über sie berichtendes persönliches Beweismittel oder eine berichtende Urkunde benutzt werden.

## § 88.

### 2. *Die persönlichen Beweismittel.*

#### aa) Zeugen.

*αα.* Begriff; Zulässigkeit des Zeugenbeweises; Zeugnispflicht.

I. Zeugen sind die nicht als Gerichtsperson, Partei, Parteiorgan oder Parteivertreter am Prozess teilnehmenden (sogenannten „dritten“) Personen, die im Prozess zur einfachen Aussage über Thatsachen, die sie angeblich wissen sollen, herangezogen werden.

---

[14]) Oben S. 254.

[15]) Bennecke 542 Anm. 16; Birkmeyer 465.

[16]) Bennecke 535 Anm. 9. Übereinstimmend im allgemeinen auch das Reichsgericht, vgl. R. VII, 605, VII, 212; E. XXIII, 58. Einschränkend E. XV, 100. Hiergegen Bennecke a. a. O.

[17]) In diesem Sinne zutreffend E. XXVII, 29; 165.

[18]) Ausnahmen s. oben S. 255 ff.

[19]) Oben S. 254.

Demnach können Privat- und Nebenkläger nicht als Zeugen vernommen werden[1]); ebensowenig der Staatsanwalt, der in der betreffenden Hauptverhandlung als solcher amtiert; noch viel weniger der Gerichtsschreiber oder gar der Richter.

Würde es also in einer Strafsache auf das Wissen einer dieser Personen ankommen, so könnte die Aussage des Privat- oder des Nebenklägers nur als Parteiaussage in Betracht kommen[2]). Der amtierende Staatsanwalt, Gerichtsschreiber oder Richter dagegen müsste in der betreffenden Strafsache ausser Funktion treten und als Zeuge vernommen werden; eine weitere Thätigkeit dieses Zeugen in der betreffenden Strafsache als Gerichtsschreiber oder Richter verbietet sich dann mit Rücksicht auf St.P.O. §§ 22[5], 31; dagegen könnte der als Zeuge vernommene Staatsanwalt, nachdem er als Zeuge vernommen und entlassen ist, wieder die staatsanwaltschaftliche Funktion in der betreffenden Strafsache aufnehmen[3]), nur müsste selbstverständlich, während er als Zeuge vernommen wird, ein anderer Staatsanwalt fungieren. Ob und inwieweit dies angemessen erscheint, ist *quaestio facti*.

Der Vernehmung des Mitbeschuldigten als Zeugen steht nichts im Wege. Denn der Umstand, dass jemand sich, und wäre es auch im selben Prozesse, wegen einer eigenen That zu verantworten hat, vermag die Thatsache nicht zu beseitigen, dass er doch eben nur insoweit, als es sich um ihn selbst handelt, Partei ist, dass er dagegen in Ansehung der Bestrafung des Anderen nicht Partei ist. Dies ergiebt schon die Erwägung, dass ja doch eine Verbindung der mehreren Strafsachen nur fakultativ eintritt: es kann gegen die mehreren Beteiligten auch gesondert verhandelt, ja es kann sogar noch nach geschehener Verbindung Trennung angeordnet werden[4]); und wird gesondert verhandelt, so kann derjenige, gegen den eine Strafsache schwebt, die mit jener anderen hätte verbunden werden können, als Zeuge vernommen werden, wie allgemein anerkannt ist[5]). Der rein äusserliche Umstand aber, dass Verbindung vorgenommen worden ist, er sich also gleichzeitig im selben Prozess wegen seines Thuns mit zu

---

[1]) Zutreffend bezüglich des Privatklägers E. II, 384; R. II, 174; Bennecke 637 und die H. M. Dagegen: Puchelt 2 zu § 48, 4 zu § 426. Bezüglich des Nebenklägers wie im Text: Zimmermann G.S. XXXVI, 497; Kronecker G.A. XXXVIII, 140; Rintelen § 24 Anm. 2; R. II, 174. A. M.: Ullmann 555; v. Kries 215, 350; Löwe 1b; Stenglein 3 zu § 437; Bennecke 660; Binding Grdr. 147; Süss, Stellung der Parteien, 208; Verein. Strafsen. E. II, 384, R. II, 381 (diese Entscheidung giebt aber selbst zu, dass dem Nebenkläger Parteistellung innewohnt, woraus von selbst folgt, dass er eben nicht Zeuge sein kann); E. III, 47.

[2]) Unten § 91.

[3]) A. M. E. XXIX, 236; richtig in der betreffenden Sache das Instanzgericht, Landgericht Marburg.

[4]) Oben S. 91.

[5]) Vgl. E. XXVII, 312.

verantworten hat, ändert sachlich an der Sachlage offenbar garnichts. Mithin kann der eine Mitbeschuldigte in der Richtung gegen den anderen Mitbeschuldigten sehr wohl als Zeuge vernommen werden, und zwar nicht bloss in dem Falle, dass seine eigene That zu derjenigen, über die er als Zeuge vernommen wird, ausser Beziehung steht[6]), sondern auch in dem Falle, dass er als Teilnehmer an der That mitbeschuldigt ist[7]).

Die — diametral entgegengesetzte — herrschende Ansicht will den Mitbeschuldigten durchaus vom Zeugnis ausschliessen[8]). Aber selbst nach dieser Ansicht ist es zulässig, die verbundenen Strafsachen zu trennen, den nunmehr nicht mehr Mitbeschuldigten als Zeugen zu vernehmen und alsdann wieder die Verbindung zu beschliessen[9]). Wozu diese Weiterung rein äusserlicher Natur?[10]) Wie wunderbar diese Ansicht ist, zeigt auch der Umstand, dass einzelne Vertreter derselben die Aussage des Mitbeschuldigten als „Zeugnis" gelten lassen wollen, wiewohl der Mitbeschuldigte nicht „Zeuge" sei[11]); Zeugnis und Zeuge sind korrelate Begriffe!

Nur bleibt zu beachten, dass der Mitbeschuldigte in Fällen der letzteren Art das Auskunftsweigerungsrecht des § 54 St.P.O. hat, und die Vereidigung mit Rücksicht auf § $56^3$ St.P.O. wegfällt.

Wohl vereinbar mit einander sind auch die Eigenschaft als Zeuge und als Verteidiger[12]); denn der Verteidiger als solcher ist eben nicht Parteivertreter; insoweit er letzteres freilich ist[13]), kann er nach der an die Spitze dieses Paragraphen gestellten Definition nicht Zeuge sein.

---

[6]) Auf diesen Fall wird die Zulässigkeit der Vernehmung als Zeuge beschränkt von Ötker 611, Binding Grdr. 148, Bennecke 307. — Ein Beispiel wäre: A und B haben gemeinschaftlich einen Diebstahl ausgeführt, später hat A den B körperlich misshandelt, es kommen der Diebstahl gegen A und B, sowie die Körperverletzung gegen A zusammen zur Verhandlung; der Vernehmung des B als Zeugen über die Körperverletzung steht nichts entgegen.

[7]) In dem vorstehenden Beispielsfalle könnte A also sehr wohl auch über die mitthäterschaftliche Thätigkeit des B bei dem Diebstahl als Zeuge vernommen werden. Binding Grdr. 148 giebt zu, dass in diesem Falle der Mitbeschuldigte „begrifflich nichts anderes, als Zeuge" ist; dann muss man aber auch die Konsequenzen daraus ziehen.

[8]) So Löwe 3a zu Abschn. 6; E. VI, 279; R. IV, 455, X, 343; Glaser I 472; v. Kries 349; ders. Z. VI, 139; Ullmann 365; Geyer H. H. I, 266.

[9]) So Reichsgericht G.A. XXXVI, 168.

[10]) Gut Bennecke 308 in der Anm.

[11]) So Geyer H. H. I, 266; Löwe 1 vor § 48.

[12]) Wie im Text: Reichsger. 1891, G.A. XXXIX, 312. Gegenteiliger Meinung Glaser I, 479; Birkmeyer 424; John I, 1019; Stenglein 4 zu § 138; Binding Grdr. 147; Bennecke 309; auch E. XXIV, 104, das aber S. 108 für Ausnahmsfälle es zum Ermessen des Gerichts stellt, den vernommenen Zeugen als Verteidiger zuzulassen, somit das Prinzip selbst aufgiebt.

[13]) Oben S. 155.

Selbstverständlich ist der noch nicht als Zeuge vernommene Verteidiger gemäss § 58 St.P.O. zur Anwesenheit im Sitzungssaale nicht befugt[14]); für die Fälle notwendiger Verteidigung bedarf es während dieser Zeit also eines Ersatzmannes.

Abgesehen davon, dass Parteien u. s. w. nicht Zeugen sein können, ist zeugnisfähig (*testis idoneus*) *in abstracto* jeder Mensch, auch der Geisteskranke, das Kind u. s. w.; *testes inhabiles* kennt das heutige Recht nicht mehr[15]). Inwieweit der Richter dem Zeugnis solcher Personen Gewicht beimessen will, ist seine Sache in jedem einzelnen Falle[16]). Auch solche Personen, die als möglicherweise suspekt unvereidigt vernommen werden[17]), sind gleichwohl in vollem Umfang zeugnisfähig; das Gericht kann deshalb z. B. die Vernehmung der Ehefrau des Angeklagten nicht von vornherein ablehnen, sondern muss sie vernehmen, und hat sich hinterher ein Urteil über ihre Glaubwürdigkeit zu bilden[18]).

Auch der durch die That Verletzte ist heute durchaus zeugnisfähig[19]), und zwar sogar dann, wenn er durch seine Anzeige das Verfahren veranlasst oder Strafantrag wegen der That gestellt hat — vorausgesetzt nur, dass er nicht Privat- oder Nebenkläger ist.

Wenn endlich § 53 St.P.O. die Vernehmung öffentlicher Beamten über gewisse Umstände für unzulässig erklärt, so erklärt er damit diese Personen nicht für partiell zeugnissunfähig[20]), sondern stellt ein Beweisverbot auf[21]).

II. Der Zeugenbeweis ist, wie aller Beweis, nur über relevante Thatsachen möglich. Dass vorkommendenfalls eine Thatsache von dem Zeugen nur unter Zuhülfe eines allgemeinverständlichen wissenschaftlichen oder Rechtsbegriffs bekundet werden kann (z. B. Hingabe eines „Darlehns"), steht dem Wesen des Zeugenbeweises nicht im Wege[22]); nur darf es sich nicht um eine blosse Schlussziehung aus einem Erfahrungssatze handeln; solchenfalls läge ein Gutachten, kein Zeugnis, vor[23]).

Zugänglich sind dem Zeugenbeweise grundsätzlich Thatsachen aller Art. Eine Ausnahme begründet § 53 St.P.O.[24]).

---

[14]) Hiermit widerlegt sich das Bedenken des Reichsgerichts in der oben Anm. 12 a E citierten Entscheidung.

[15]) Vgl. dagegen z. B. CCC. Art. 43, 44.

[16]) Unten § 92 I.

[17]) Unten § 89, St P.O. § 56[3], 57.

[18]) Schief Geyer 525. Dagegen mit Recht Bennecke 306; vgl. auch R. II, 523, 588.

[19]) Vgl. Heinze G.A. XXIV, 287.

[20]) So unrichtig R. II, 588, E. VII, 74.

[21]) Nachstehend II, oben § 85 III. Richtig Bennecke 307 Anm. 10.

[22]) Vgl. Birkmeyer 422.

[23]) Vgl. unten § 90.

[24]) Oben § 85 III.

III. Zeugnispflichtig ist jeder der deutschen ordentlichen Gerichtsbarkeit Unterstehende[25] — ohne Rücksicht auf Alter, Staatsangehörigkeit u. s. w., ohne Rücksicht aber auch darauf, ob der Zeuge wirklich etwas zur Sache auszusagen weiss oder nicht, — insoweit nicht die nachstehend erwähnten Ausnahmen eingreifen.

Die Zeugnispflicht erstreckt sich auf die ganze Dauer des Prozesses von den ersten Anfängen an; sie besteht also insbesondere schon im Ermittelungsverfahren, und zwar selbst dann, wenn noch nicht einmal eine bestimmte Person verdächtig ist.

Die Zeugnispflicht umfasst die Pflicht zum Erscheinen vor Gericht (nicht vor der Staatsanwaltschaft oder der Polizei[26]), wozu auch die Pflicht zum Bleiben bis zur Entlassung gehört; die Pflicht zur unbeschränkten Aussage über Wissen und Nichtwissen (sodass einfaches Schweigen pflichtwidrig ist,) über alle Punkte, über die der Richter Auskunft verlangt, auch wenn sie dem Zeugen nicht zur Sache gehörig erscheinen (Vorbestrafungen des Zeugen u. s. w.), auch über *facta interna,* Ansichten und Mutmassungen des Zeugen[27]; und die Pflicht zur Eidesleistung[28].

1. Das unentschuldigte Nichterscheinen des Zeugen trotz gehöriger Ladung (unten § 89) zieht Kostenlast[29], Exekutivzwang und Ordnungsstrafe (kumulativ nebeneinander) nach sich, St.P.O. § 50. Zur Beschlussfassung hierüber ist derjenige Richter berufen, vor dem der Zeuge erscheinen sollte. Ist der Zeuge eine Militärperson, so ist die

---

[25]) Oben § 13 II. Daher sind die fremden Exterritorialen nicht zeugnispflichtig; ebenso, wenigstens möglicherweise, die Mitglieder der landesherrlichen Familien etc., § 4 E.St P.O. Wohl aber sind Militärpersonen (vgl. St.P.O. § 50 Abs. 4, § 69 Abs. 4) und Standesherren zeugnispflichtig; von der ordentlichen Gerichtsbarkeit eximiert sind sie nur als Beschuldigte.

[26]) R. V, 726; E. IX, 434; Bennecke 309 Anm. 18; 331.

[27]) Übereinstimmend Bennecke 342 Anm. 8; Stenglein 5 zu § 68; R. VIII, 459. Die Richtigkeit dieser Auffassung ergiebt sich schon aus dem Falle des sog. sachverständigen Zeugnisses, unten § 90, welches gar nichts anderes ist als Kundgebung eines Urteils, das sich der Zeuge gebildet hat. Unzutreffend deshalb John I, 644, Ullmann 358, die Fragen über innere Thatsachen für unzulässig halten; aber auch v. Kries 356, Löwe 4a zu § 51, 4 zu § 68, die solche Fragen zwar zulassen, aber eine Auskunftspflicht des Zeugen in dieser Hinsicht nicht anerkennen.

[28]) Nicht auch die Pflicht, sich ein Wissen, das man zur Zeit nicht hat, zu verschaffen, v. Kries Z. VI, 199; Bennecke 317 Anm. 5; noch viel weniger die Pflicht zur Vorweisung von Sachen oder zur Duldung einer Besichtigung des Körpers, Beling Z. XV, 488, vgl. oben § 86 II.

[29]) Sofern Kosten, z. B. durch Terminsverlegung, infolge des Ausbleibens des Zeugen erwachsen sind.

Ordnungsstrafverhängung in vollem Umfang[30]) Sache des Militärgerichts; ebenso die Ausführung des Exekutivzwangs; die Verfällung in die Kosten ist dagegen auch hier Sache des Civilgerichts[31]).

Der gegen den Zeugen platzgreifende Exekutivzwang speziell besteht in Vorführung (Realcitation). Diese kann sofort beim ersten Ausbleiben verhängt werden (anders im Civilprozess N.C.P.O. § 380 Abs. 2); unzulässig wäre aber eine Vorführung ohne vorherige Ladung[32]).

Die Ordnungsstrafe[33]) besteht in Geld bis zur Höhe von 300 Mark; hülfsweise in Haft bis 6 Wochen. Da die Ordnungsstrafen ihrem Wesen nach von der Kriminalstrafe nicht verschieden sind[34]), so müssen die Fundamentalsätze des Strafrechts auch für sie gelten, es kann also gegen den ausgebliebenen Zeugen insbesondere nur bei Zurechnungsfähigkeit und Schuld eine Ordnungsstrafe verhängt werden[35]), sowie auch umgekehrt das nachträgliche Erscheinen des Zeugen die durch vorheriges unentschuldigtes Ausbleiben verwirkte Ordnungsstrafe nicht hinfällig macht.

Der Beschluss, der gegen den Zeugen Kostentragung, Vorführung und Ordnungsstrafe oder eine der Massregeln festsetzte, ist aufzuheben, wenn nachträglich genügende Entschuldigung erfolgt, § 50 Abs. 2 St.P.O. Mit solcher Aufhebung ist jeder Behandlung des Zeugen als „ungehorsam" die Grundlage entzogen, insbesondere der Vorführung[36]). Jedes wiederholte Ausbleiben führt wieder zur Verfällung in die Kosten; dagegen ist die Ordnungsstrafbefugnis auf den ersten und zweiten Fall des Ausbleibens beschränkt[37]), vorausgesetzt jedoch, dass es sich um denselben Vernehmungsanlass handelt, sodass also namentlich jeder Abschnitt des Verfahrens zweimalige Strafverhängung bringen kann[38]). Die Auferlegung der Kosten ist bei jedem Falle des Ausbleibens obligatorisch; ebenso die Ordnungsstrafe im Falle des ersten Ausbleibens;

---

[30]) So Stenglein 13 zu § 50; Löwe 22 zu § 50; Bennecke 315; Voitus, Kontroversen I, 20; John I, 542. A. M. Geyer H. H. I, 273; Lehrbuch 514, der dem Civilgericht die Entscheidung, ob Ordnungsstrafe einzutreten habe, vorbehalten will.

[31]) v. Kries 356; Löwe 22 zu § 50; Bennecke 315; Keller 15 zu § 50. A. M. Stenglein 13 zu § 50.

[32]) In diesem Sinne ist wohl das von Bennecke 315 bei Anm. 23 Gesagte zu verstehen, vgl. Bennecke 332.

[33]) Binding, Grdr. 149 hält die Massregel für eine Rechtsstrafe. Ebenso Ullmann 359. Dagegen spricht St.G.B. § 138 Abs. 3. Mit dem Text übereinstimmend v. Kries 356; Birkmeyer 434; Löwe 5c zu § 69; John I, 539; Bennecke 314, der jedoch die Begriffe „Prozessstrafe" und „Ordnungsstrafe" identifiziert, während der erste dieser Begriffe besser beschränkt bleibt auf solche im Prozess verhängte Übel, die auf die Nichtbefolgung eines nicht befehlenden Rechtssatzes gesetzt sind (v. Liszt, § 58 II 2).

[34]) H. Meyer 9; v. Liszt 255; Beling, Grundzüge des Strafrechts 2.

[35]) Die Meinungen sind jedoch geteilt. S. bes. Stenglein 4 zu § 50; John I, 541; Bennecke 314.

[36]) Bennecke 316.

[37]) *verba* „noch 1 Mal" in § 50 St.P.O.

[38]) So die H. M., besonders Löwe 7 zu § 50; John I, 539; v. Kries 355; Bennecke 314; Birkmeyer 432; Geyer, Lehrbuch 513; Ullmann 359. A. M. Geyer H. H. I, 271; Binding, Grdr. 149 (fussend auf der Auffassung, dass es sich um eine Rechtsstrafe [oben Anm. 33] und um ein „fortgesetztes Delikt" handle).

ob beim wiederholten Ausbleiben eine Strafe zu verhängen ist, ist Sache des richterlichen Ermessens[39]). Fakultativ ist auch die Verhängung der Vorführung.

Örtlich eingeschränkt ist die Pflicht zum Erscheinen

a) hinsichtlich des Reichskanzlers und gewisser anderer hoher Staatsbeamter[40]), die nur an dem Orte (= Ortschaft[41])) ihres Amtssitzes oder, wenn sie sich ausserhalb desselben aufhalten, an dem Aufenthaltsorte (Ortschaft) zu erscheinen brauchen; St.P.O. § 49 Abs. 1.

b) hinsichtlich der Mitglieder des Bundesrats, die während ihres Aufenthalts am Sitze des Bundesrats nur an diesem Orte (Ortschaft);

c) hinsichtlich der Mitglieder einer deutschen, gesetzgebenden Versammlung, die während der Sitzungsperiode und ihres Aufenthalts am Orte der Versammlung nur dort (in der betreffenden Ortschaft) zu erscheinen brauchen, St.P.O. § 49, Abs. 2, so jedoch, dass ein Dispens — § 49, Abs. 3 — das Erscheinen auch an andern Orten ermöglicht[42]).

d) die Landesherren u. s. w., die in ihrer Wohnung zu vernehmen sind, St.P.O. § 71, Abs. 1.

Im übrigen aber ist die Entfernung des Wohnsitzes und des Aufenthaltsortes des Geladenen vom Sitze des Gerichts oder von dem Orte, wo er erscheinen soll, ohne Bedeutung für die Pflicht zum Erscheinen[43]); sogar ein im Auslande Wohnender oder sich Aufhaltender ist auf Ladung verpflichtet, im Deutschen Reich zu erscheinen[44]).

2. Auch bei Weigerung der Aussage greifen Verfällung in die Kosten, Zwangsmassregeln und Ordnungsstrafen Platz. St.P.O. § 69.

Es gilt hier Entsprechendes, wie bei Nichterscheinen (oben 1) mit folgenden Abweichungen:

Der Zwang kann hier natürlich nicht in *vis absoluta* bestehen, sondern nur kompulsiv wirken; als Zwangsmittel dient die Exekutivhaft. Ihrem Zwecke entsprechend endigt diese mit dem Augenblick, in dem der Zeuge seine Aussagepflicht erfüllt, ihre Dauer braucht nicht von vornherein vom Richter festgesetzt zu werden, ja kann dies nicht einmal. Die Zwangshaft endigt aber weiter mit dem Augenblick,

[39]) Ebenso Löwe 7 zu § 50; Bennecke 314; Birkmeyer 432. A. M. v. Kries 355.

[40]) Vgl. John I, 532; Löwe 6 zu § 49. Bezüglich der übrigen Beamten hat dagegen die Pflicht, als Zeuge irgendwo zu erscheinen, den Vortritt vor der Amtspflicht. Vgl. John I, 527.

[41]) Aber nicht bloss an der Gerichtsstelle. Bennecke 312 Anm. 7.

[42]) Genaueres hierüber bei Bennecke 312.

[43]) Vgl. aber unten § 119.

[44]) Dies wird gewöhnlich geleugnet in dem irrigen Glauben, der im Auslande Befindliche unterstünde der deutschen Gerichtsbarkeit nicht. Vgl. v. Kries, Arch. f. öff. Recht V, 350; Lehrb. 85; hiergegen Beling, Strafrechtliche Bedeutung der Exterritorialität, 115.

in dem das Zeugnis unnötig wird[45]), sowie nach § 69 Abs. 2, sobald die Instanz ihr Ende erreicht[46]), aber auch schon vorher, wenn seit dem Haftbeginn 6 Monate, bei Übertretungen 6 Wochen verstrichen sind.

Von der Zwangshaft völlig getrennt zu halten ist die (subsidiär an Stelle einer nicht beitreiblichen Geldstrafe tretende) Ordnungsstrafhaft. Beide Freiheitsentziehungen gehen nebeneinander her.

Im Gegensatz zu § 50 ist jede der 3 Massregeln (Kostenverfällung, Zwangshaft, Ordnungsstrafe) in demselben oder einem andern Verfahren wegen derselben That[47]) bis zu ihrer „Erschöpfung" zulässig, aber auch nur insoweit (§ 69 Abs. 4), d. h.: mit einmaliger Kostenverfällung und einmaliger Verhängung einer Ordnungsstrafe, mag sie auch unter dem zulässigen Maximum geblieben sein, ist jede dieser Massregeln erledigt[48]); dagegen kann die Zwangshaft bei mehrmaliger Aussageweigerung solange erneuert werden (bei der 2., 3. u. s. w. Weigerung), bis in Summa das Maximum (6 Monate bezw. 6 Wochen) erreicht ist[49]). Die Ungleichheit der Behandlung der Ordnungsstrafe und der Zwangshaft ergiebt sich daraus, dass erstere in festem Betrage ausgeworfen wird, womit diese Massregel „erschöpft" ist, während die Zwangshaft sich erst durch Erreichung des Maximums „erschöpft".

Die Verurteilung in die Kosten und zu einer Ordnungsstrafe ist wie bei Nichterscheinen (oben 1) obligatorisch, die Zwangshaft fakultativ.

Ein Recht, die Aussage zu weigern, giebt die St.P.O. nur und zwar

a) ein totales Zeugnisweigerungsrecht: den Verlobten, Ehegatten (auch wenn die Ehe nicht mehr besteht), und gewissen nahen Verwandten des Beschuldigten, St.P.O. § 51, gleichviel ob es sich um belastende oder entlastende Thatsachen handelt, gleichviel auch, ob die Zeugnisablegung vom Beschuldigten gewünscht wird oder nicht.

Sind in einem und demselben Verfahren mehrere Mitbeschuldigte in Frage, während der Zeuge nur zu einem derselben in dem persönlichen Verhältnis des § 51 St.P.O. steht, so ist es logisch korrekt, das Zeugnisweigerungsrecht zu beschränken auf die Richtung gegen den betreffenden Mitbeschuldigten. Dies ergiebt sich auch schon daraus, dass die Verbindung der mehreren Strafsachen ja auf Willkür beruht und jederzeit lösbar ist. Handelt es sich also um eine und dieselbe Thatsache, die bezüglich der mehreren Beschuldigten gleichermassen

[45]) Ebenso Löwe 6d δ zu § 69; Bennecke 325; a. M. Stenglein 7 zu § 69.

[46]) Hierüber Bennecke 324 Anm. 49.

[47]) Es kommt also nur auf Identität des Straffalles, nicht auf Identität des Verfahrens oder der Beschuldigten, noch auf Identität des Prozessstadiums an. Bennecke 325; Birkmeyer 433; Löwe 8 zu § 69, der aber (8b) unrichtig die Wiederholung der Massregeln auch dann ausschliesst, wenn das Verfahren mehrere Straffälle zum Gegenstande hat und der Zeuge über jeden der Fälle die Aussage weigert. Vgl. hiergegen Bennecke 325 Anm. 51.

[48]) So Löwe 5e zu § 69; dagegen Bennecke 325.

[49]) Ebenso Löwe 6e zu § 69; Bennecke 325.

relevant ist, und macht der Zeuge von seinem Weigerungsrecht Gebrauch, so muss er zwar aussagen, es darf aber seine Aussage von dem Gericht nur hinsichtlich derjenigen Mitbeschuldigten verwertet werden, zu denen der Zeuge nicht in dem das Weigerungsrecht begründenden Verhältnis steht.

Die Meinungen sind jedoch sehr geteilt. Meist wird im Falle des „Zusammenhangs“ nach St.P.O. § 3 das Weigerungsrecht auf die Mitbeschuldigten des Verlobten u. s. w. ausgedehnt, und nur in den Fällen der §§ 4, 236 St.P.O. die vorstehend vertretene individualisierende Betrachtungsweise anerkannt[50]); oder es wird sogar das Weigerungsrecht schlechthin bezüglich aller Mitbeschuldigten gegeben[51]); wieder anders eine der unsrigen am nächsten stehende Meinung, wonach es darauf ankommen soll, ob die Aussagen bezüglich der mehreren Beschuldigten getrennt werden können[52]).

Ganz unbezweifelbar ist es, dass das Zeugnisweigerungsrecht mit dem Augenblicke wegfällt, in dem der bisher mitbeschuldigte Angehörige des Zeugen aus dem Prozessverhältnis ausscheidet (insbesondere im Falle rechtskräftiger Verurteilung), sodass nur Nichtangehörige des Zeugen als Beschuldigte übrig bleiben. Denn „Beschuldigter“ im Sinne des § 51 St.P.O. ist natürlich nur der im Prozess Befangene[53]).

Die weigerungsberechtigten Angehörigen müssen nach § 51 Abs. 2 St.P.O. vor jeder Vernehmung über ihr Weigerungsrecht belehrt werden[54]). Da aber das Weigerungsrecht die Ausnahme, die Aussagepflicht die Regel darstellt, so ist der Zeuge nicht bloss dann zu vernehmen, wenn er sich positiv bereit dazu erklärt, sondern immer dann, wenn er nach erhaltener Belehrung nicht ausdrücklich die Aussage verweigert. Dies gilt auch dann, wenn der Zeuge nicht imstande ist, sein Weigerungsrecht und die Belehrung zu verstehen (wie z. B. ein Kind)[55]).

b) Ein „Auskunftsweigerungsrecht“ bezüglich einzelner bestimmter Fragen — partielles Zeugnisweigerungsrecht — haben

---

[50]) So E. XVI, 154; R. V, 239, X, 24 Anm.; X, 59; E. XXVII, 270; Bennecke 320; Löwe 3a und b zu § 51; Geyer 520, H. H. I, 277; Voitus Kontr. I, 196.

[51]) So E. III, 161; R. V, 599; Glaser I, 509; Stenglein 7 zu § 51; v. Bomhard-Koller 2 zu § 51.

[52]) So v. Schwarze 12 zu § 51; Puchelt 7 zu § 51; Thilo 7 zu § 51; Dalcke 2 zu § 51.

[53]) Vom Reichsgericht verkannt, s. bes. E. XXVII, 270; bezeichnend ist hier (S. 271) die Wendung: die mehreren Thäter hätten „zu einander materiell wie prozessual im Verhältnis der Mitbeschuldigten gestanden“. Aber materiell-strafrechtlich giebt es nur „Mitschuldige“, was völlig verschieden ist von „Mitbeschuldigten“.

[54]) Unterlassung dieser Belehrung macht die Aussage unbenutzbar, oben § 85 IV.

[55]) Ebenso E. IV, 398; R. III, 488; Löwe 9b zu § 51; Glaser I, 541; Stenglein 13 zu § 51; Bennecke 320 Anm. 27. Dagegen Keller 58; Geyer, Strafrechtsztg. II, 320; John I, 553; v. Kries 358.

einmal Geistliche[56]), Verteidiger, Rechtsanwälte und Ärzte (auch nach Ausscheiden aus dem Berufe[57]) in Ansehung der ihnen in ihrem Berufe anvertrauten Thatsachen, es müsste denn sein, dass sie — mit Ausschluss jedoch der Geistlichen — von dem betreffenden Interessenten[58]) zur Aussage ermächtigt werden, St.P.O. § 52;

sodann jeder Zeuge bezüglich solcher Fragen, deren Beantwortung ihm selbst oder einem der in § 51 [1] [3] genannten Angehörigen die Gefahr strafgerichtlicher[59]) Verfolgung[60]) zuziehen würde[61]), St.P.O. § 54.

Eine Belehrung über das Auskunftsweigerungsrechts ad b) ist nicht vorgeschrieben, wenn auch nicht verboten[62]). —

Selbstverständlich verleiht auch das Beweisverbot des § 53 St.P.O.[63]) insoweit es reicht, dem öffentlichen Beamten ein Auskunfsweigerungsrecht, nur muss das Gericht hier von der Vernehmung auch dann abstehen, wenn der Zeuge selbst die Auskunft nicht verweigert.

Das (totale wie partielle) Zeugnisweigerungsrecht ist nicht auf einen bestimmten Zeitpunkt konzentriert[64]); der Zeuge, der sich anfänglich zur Aussage bereit erklärt und schon teilweise ausgesagt hat, kann immer noch die weitere Aussage verweigern[65]); umgekehrt kann er,

---

[56]) Dagegen würde der Geistliche, der, über Thatsachen, die er in der Beichte gehört hat, befragt, beschwören würde, er wisse nichts, sich eines Meineids schuldig machen. Die Lehre der katholischen Kirche, nicht der Geistliche, sondern Gott höre die Beichte, operiert mit einer juristisch völlig unbeachtlichen Fiktion. Richtig Schwalb, Beichtgeheimnis und Zeugnispflicht 1895; ferner Anonymus, Das Beichtgeheimnis vor Gericht 1896. Ganz unhaltbar Joder, Das Beichtsiegel vor dem Schwurgericht zu Mühlhausen, 1895; derselbe, Zeugeneid und Beichtsiegel 1896. — Vgl. v. Lilienthal Z. XVII, 104.

[57]) Bennecke 321.

[58]) Vgl. Löwe 19 zu § 53; Bennecke 321 Anm. 34.

[59]) Ausschliesslich der disziplinarischen und sonstigen verwaltungsrechtlichen (Zwangserziehung), aber einschliesslich der kriminellen Verfolgung vor Sonderstrafgerichten und Verwaltungsbehörden, Prot. 1130; anders N.C.P.O. § 384.

[60]) „Gefahr der Verfolgung" ist ein weiterer Begriff, als „Gefahr der Bestrafung"; „auch mit dem reinsten Gewissen kann der Zeuge die Aussage weigern", Bennecke 323. — Auch ist bei „Gefahr der Verfolgung" nicht bloss an die Gefahr des Beginns, sondern auch an die Gefahr der Fortführung oder Wiederaufnahme eines Verfahrens zu denken, Bennecke 323 Anm. 41 u. 42.

[61]) Der Zeuge muss ausdrücklich erklären, dass er die Auskunft verweigere. Einfaches Verschweigen oder gar Ableugnen der betreffenden Punkte würde dagegen der Zeugnispflicht zuwiderlaufen und, wenn der Zeuge geschworen hätte, als Meineid strafbar sein.

[62]) Bennecke 321 Anm. 33, 322 Anm. 38; R. III, 350, VI, 617; E. X, 454.

[63]) Oben § 85 III.

[64]) Vgl. E. II, 53, III, 325; R. III, 514, VI, 210, 337.

[65]) St.P.O. § 51 letzter Satz, analog auszudehnen auf die Fälle der §§ 52—54.

wenn er anfänglich die Aussage verweigert hatte, sich nachträglich zur Aussage bereit erklären.

Die Thatsache, auf die sich die Weigerung stützt, ist mit Ausnahme des Falles von § 53 St.P.O. dem Richter auf sein Verlangen glaubhaft zu machen. Der Richter muss aber ein solches Verlangen stellen, wenn die behauptete Thatsache irgend zweifelhaft ist und nicht der Weg der Ermittelung *ex officio* beschritten wird; keinesfalls darf das Gericht sich bei der einfachen Behauptung der Thatsache beruhigen und, ohne sich über ihre Richtigkeit ein Urteil zu bilden, den Zeugen unvernommen lassen[66]. Als Glaubhaftmachungsmittel genügt die eidliche Versicherung des Zeugen[67].

Kein Zeugnisweigerungsrecht haben dagegen die Abgeordneten, ihre Immunität schützt sie nur vor Verfolgung als Beschuldigte[68]; ebensowenig sind die verantwortlichen Redakteure als solche von der Zeugnispflicht befreit[69].

3. Jeder Zeuge muss auf Erfordern des Richters schwören. Gegen Eidesweigerung finden Verurteilung zu den Kosten, Zwang- und Ordnungsstrafen statt, und zwar prinzipiell genau in der gleichen Weise, wie bei der Weigerung der Aussage, St.P.O. § 69[70].

Da die Eidesweigerung ein eigener prozessualer Vorgang gegenüber der Aussageweigerung ist (sozusagen Realkonkurrenz vorliegt), so kann gegen einen Zeugen, der zuerst den Eid, dann die Aussage weigert oder umgekehrt, der § 69 zweimal in vollem Umfang zur Anwendung gebracht werden[71].

Ausnahmsweise brauchen nicht zu schwören

a) die Personen, deren Vereidigung gesetzlich unzulässig ist, unten § 89.

b) die nach § 51 St.P.O. zeugnisweigerungsberechtigten Personen[72]; diese können nämlich, wenn sie die Aussage nicht weigern, doch wenigstens den Eid verweigern, St.P.O. § 57 Abs. 2, natürlich aber nur für den etwaigen Teil der Aussage, den sie hätten verweigern können[73]. Über das Eidesweigerungsrecht sind diese Zeugen zu belehren.

---

[66]) Bennecke 319. Nicht entgegen R. II, 156.

[67]) Vgl. John I, 575; Löwe 3 zu § 55; Bennecke 319 Anm. 19.

[68]) Mittelstädt, Preuss. Jahrb. LVII, 556; Lewald G.S. XXXIX, 54; Schwedler, Parlamentar. Rechtsverletzungen n. deutschem Reichsrecht (Breslauer Strafrechtl. Abh. Heft 16), 32; Binding, Hdb. I, 676; Löwe 9 zu Abschn. 6; a. M. nur Fuld, G.S. XXXV, 535.

[69]) Heinze, Strafproz. Erört. 113; Binding Grdr. 151; Dochow, Zeugniszwang 34; v. Liszt, Reichspressrecht 188; v. Schwarze-Appelius, Reichspressges. 3. Aufl. 191; Löwe 1 zu §§ 20, 21 des Pressges.; a. M. Marquardsen, Reichspressgesetz 184.

[70]) Oben S. 348.

[71]) A. M. Bennecke 331, wohl auch John I, 648.

[72]) Oben S. 349 sub a).

[73]) Oben S. 350 oben. Deshalb unzutreffend R. I, 347; E. I, 202.

## § 89.

### ββ) Ladung der Zeugen, Vernehmung, Vereidigung, Gebühren.

I. Um ordnungsmässig geladen und somit erscheinungspflichtig zu sein, muss der Zeuge in der Aufforderung zum Erscheinen auf die Folgen des Ausbleibens aufmerksam gemacht worden sein, St.P.O. § 48[1]).

Die ordnungsmässige Ladung seitens der Staatsanwaltschaft oder des Gerichts verpflichtet den Zeugen ohne weiteres zum Erscheinen; die unmittelbare Ladung seitens des Angeklagten, des Privatklägers[2]) u. s. w. dagegen nur dann, wenn dem Geladenen die ihm zukommende Entschädigung[3]) bar dargeboten, oder ihm ihre Hinterlegung beim Gerichtsschreiber nachgewiesen wird, St.P.O. § 219 Abs. 2.

Raum und Zeit sind für die Verpflichtungskraft der Ladung gleichgültig: letztere ist verbindlich auch dann, wenn dem Zeugen eine noch so weite Reise zugemutet wird, wie auch dann, wenn er zum unverzüglichen Erscheinen ohne Belassung einer Frist geladen wird.

Doch kann das Gericht den Zeugen bei grosser Entfernung seines Aufenthalts von dem Orte, wo er zu erscheinen hätte, vom Erscheinen entbinden (vgl. bes. St.P.O. § 222 Abs. 2), sodass alsdann Vernehmung durch einen ersuchten Richter eintritt. Dieser Dispens kann aber gegenüber einer unmittelbaren Ladung nicht durchgreifen[4]).

In Ansehung der Folgen des Nichterscheinens (oben § 88) steht die unmittelbare Ladung der regulären Ladung völlig gleich.

Aktive Personen des Soldatenstandes[5]) sind im Interesse des militärischen Dienstes „durch Ersuchen der Militärbehörde“ als Zeugen zu laden, d. h. der Ladende hat die Ladung nicht dem zu Ladenden, sondern dessen Vorgesetztem zuzustellen, der dann seinerseits dem Zeugen die „Paritionsordre“ erteilt.

Im Gegensatz zur „Ladung“ steht die sogenannte „Gestellung“ eines Zeugen, d. i. die rein thatsächliche Mitbringung eines Zeugen vor Gericht. Zulässig ist die Vernehmung gestellter Zeugen ebensogut wie die der geladenen Zeugen, ja es können sogar Zeugen, die sich nur zufällig an der Gerichtsstelle befinden, vernommen werden. Aber die

---

[1]) Ladung ohne den Hinweis hat also gar keine verpflichtende Kraft. Bennecke 331 scheint anzunehmen, dass die Ladung auch ohne den Hinweis verpflichtend wirkt, und nur § 50 St.P.O. in diesem Falle unanwendbar ist.

[2]) Unten §§ 103, 119.

[3]) Unten IV.

[4]) Sowohl auch Löwe 18 zu § 219. A. M. Bennecke 334.

[5]) Vgl. Hecker, Lehrbuch des Militärstrafrechts § 4.

Verpflichtung zum Erscheinen und Anwesendbleiben beschränkt sich auf die geladenen Zeugen [6]).

II. Die Vernehmung der Zeugen ist so einzurichten, dass jeder Zeuge in Abwesenheit der später zu vernehmenden Zeugen vernommen wird, St.P.O. § 58 Abs. 1. Zweck dieser Bestimmung ist, zu verhindern, dass der Inhalt der Zeugenaussage durch das Anhören anderer Aussagen wahrheitswidrig beeinflusst werde.

Ferner ist im Interesse der Klarheit Einzel-, nicht Massenvernehmung der Zeugen geboten, St.P.O. § 58 Abs. 1. Doch kann eine Gegenüberstellung (Konfrontation) der Zeugen, besonders zur Lösung von Widersprüchen zwischen den Aussagen, in der Hauptverhandlung ohne besonders angegebene Voraussetzungen, vorher dann erfolgen, wenn die Gegenüberstellung „ohne Nachteil für die Sache nicht bis zur Hauptverhandlung ausgesetzt bleiben kann", St.P.O. § 58 Abs. 2.

Die Vernehmung zerlegt sich in die Vernehmung „zur Person", St.P.O. § 67 (Personal- und Generalfragen [7])) und die Vernehmung „zur Sache". Letztere soll sich nicht in Form eines „artikulierten Verhörs" (Aufwerfung und Beantwortung einzelner Fragen) abspielen, sondern in freier Erzählung des Zeugen, § 68 Abs. 1 St.P.O. Ist, wie bei minder gebildeten Zeugen gewöhnlich, die eigene Darstellung unklar oder unvollständig, so greift der Richter durch Einzelfragen ein, St.P.O. § 68 Abs. 2.

Bei der Vernehmung ist es dem Richter unbenommen, dem Gedächtnis des Zeugen in jeder Weise zu Hülfe zu kommen, insbesondere durch Vorweisung von Sachgegenständen, Schriftstücken, Zeichnungen u. s. w. [8])), wie auch der Zeuge selbst etwaige eigene Aufzeichnungen benutzen kann, um an ihrer Hand seine Aussage zu erstatten [9]). Ebenso enthält die R.St.P.O. kein Verbot von „kaptiösen, verfänglichen" Fragen, d. h. Fragen, die „darauf abzielen, den Zeugen zu Antworten zu bringen, deren volle Bedeutung er nicht übersieht" [10]); sowie von „Suggestivfragen", d. h. Fragen, die dem Zeugen die Antwort schon in den Mund legen. Solche Fragen sind daher insoweit

---

[6]) Ferner steht das Gericht in der Hauptverhandlung den geladenen Zeugen anders gegenüber, als den nicht geladenen, St.P.O. § 244, unten § 121.

[7]) Zweck dieser Fragen ist, die Identität des Zeugen festzustellen und gleichzeitig Material für die Beurteilung seiner Glaubwürdigkeit zu gewinnen.

[8]) R. VIII, 722, IX, 89; E. XX, 105; Bennecke 341 Anm. 5.

[9]) Über § 252 St.P.O. s. oben S. 253, 254.

[10]) Glaser I, 632.

zulässig, als sie geeignet sind, die Wahrheit zu erforschen, natürlich aber unzulässig, wenn sie den Zeugen verwirren, unsicher machen oder *à tout prix* zu einer erwarteten Antwort nötigen wollen.

III. Jeden Zeugen hat das Gericht zu beeidigen, (so zwar, dass der Eid sowohl die Aussage zur Sache, wie die Aussage zur Person umfasst) mit folgenden Ausnahmen:

a) Eidesunfähig sind (St.P.O. § 56[1-3]):

die Eidesunmündigen, d. h. zur Zeit noch nicht 16 Jahre Alte[11]);

die Eidesunreifen, d. h. Personen, die derart verstandesunreif oder verstandesschwach sind, dass sie von dem Wesen und der Bedeutung des Eides keine genügende Vorstellung haben;

die strafweise Eidesunfähigen, d. h. Personen, denen die Eidesfähigkeit durch strafrichterliches Urteil (wegen Meineids nach St.G.B. § 161 u. s. w.[12])) rechtskräftig abgesprochen ist[13]);

endlich die als Komplizen des Beschuldigten Verdächtigen, genauer gesagt, „Personen, welche hinsichtlich der den Gegenstand der Untersuchung bildenden That als Teilnehmer, Begünstiger oder Hehler verdächtig oder bereits verurteilt sind."

Unter der „den Gegenstand der Untersuchung bildenden That" ist hier, wie immer, zu verstehen die dem Beschuldigten zur Last gelegte strafbare Handlung in ihrer gesamten, materiellstrafrechtlich sie charakterisierenden Erscheinung. Die laxe Auslegung, „die That" sei hier der „Vorgang" im nicht technischen Sinne[14]), ist willkürlich

---

[11]) Die Berechnung des Lebensalters richtet sich nach bürgerlichem Recht; E. XXII, 29; also fortan nach B.G.B. § 187 Abs. 2 Satz 2.

[12]) Oder nach früherem deutschen Rechte, z. B. Preuss. St.G.B. v. 1851 § 12[4]. Auch die Verurteilung durch ein ausländisches Gericht wird genügen müssen, Bennecke 327 Anm. 7, vgl. Glaser I, 565. A. M. John I, 593; Löwe 10c zu § 56; Binding Grdr. 154. Dass die Rechtskraft ausländischer Urteile bei uns nicht anerkannt wird, steht der obigen Auffassung nicht entgegen, denn für § 56 St.P.O. kommt das rechtskräftige Urteil nur als Faktum in Betracht und der Grundgedanke des § 56 spricht für die Benneckesche Ansicht.

[13]) Verurteilung „wegen Meineids" (z. B. zu Zuchthaus) für sich allein genügt also nicht; es muss Absprechung der Eidesfähigkeit damit verbunden worden sein. R. I, 269; Bennecke 327 Anm. 8; Löwe 10a zu § 56. A. M. John I, 591.

[14]) Bennecke 328; Löwe 12a Abs. 1 zu § 56; sowie die konstante Praxis des Reichsgerichts, s. z. B. R. I, 523, IV, 871, VI, 774, X, 18; E. XVII, 101. G.A. XXXVII, 184.

und verflüchtigt die Bestimmung des § 56 3 ins Grenzenlose[15]). Deshalb entfällt auch sofort die Möglichkeit einer Anwendung des § 56 3, sobald das Gericht zu dem Ergebnis gelangt, dass die That des Beschuldigten gar keine teilnahmefähige strafbare Handlung ist[16]). Gleichermassen ist „Teilnehmer“, „Begünstiger“, „Hehler“ im Sinne des § 56 3 streng im materiellstrafrechtlich technischen Sinne zu nehmen[17]), will anders man nicht in die Terminologie völlige Verwirrung bringen und ganz verschwommene Ergebnisse gewinnen. Bei gegenteiliger Meinung[18]) lassen sich diese Begriffe überhaupt nicht definieren[19]). Wegen Verdachts der Begünstigung speziell darf die Vereidigung aber nur dann unterbleiben, wenn es sich um eine nicht in der gegenwärtigen Zeugenaussage selbst liegende Begünstigung handelt[20]). Denn ob die gegenwärtige Zeugenaussage eine Begünstigung ist, kann das Gericht erst aus der Beweisaufnahme unter Einschluss der Vereidigung entnehmen. Das Unterlassen der Vereidigung würde hinauslaufen auf ein vorschnelles Absprechen der Glaubwürdigkeit[21]).

Unbeeidigt ist gemäss § 56 3 also ein Zeuge dann, aber auch nur dann zu lassen, wenn das Gericht für wahrscheinlich hält[22]), dass gegen ihn ein Strafanspruch besteht, und zwar ein solcher Strafanspruch, der mit dem gegen den Beschuldigten selbst geltend

---

15) Das zeigt sich deutlich in dem Falle, dass der Zeuge verdächtig ist, bei der Gelegenheit, bei der er von dem Angeklagten körperlich misshandelt wurde, auch seinerseits den Angeklagten misshandelt zu haben. Beteiligung „an dem Vorgange“ ist hier zweifellos gegeben. Gleichwohl lehnt das Reichsgericht — mit Recht — die Anwendbarkeit des § 56 3 ab, von seinem Standpunkt aus — oben Anm. 14 — nicht konsequent; R. IX, 234, X, 126, VII, 281; E. XI, 300, XVII, 116, XXVII, 267. Wie das Reichsgericht Löwe 12a Abs. 3 zu § 56; Bennecke 328.

16) Anerkannt in E. XXXI, 219.

17) So Glaser I, 566.

18) Diese vertreten Löwe 12a zu § 56; Bennecke 328 (hiermit ist aber S. 329 Anm. 19 nicht in Einklang zu bringen); R. IV, 238, 871, V, 343, VII, 194, VIII, 34, X, 18; E. VIII, 299, 301, 384, IX, 370, VII, 331, XI, 301, XII, 190, 122, XVII, 101, XXXI, 220.

19) Bei fahrlässiger Beteiligung mehrerer greift also § 56 3 nicht Platz. Bennecke 328 Anm. 9. A. M. R. V, 341, IX, 414; E. VIII, 229; Löwe 12a a. E. zu § 56. Die sogenannte „notwendige Teilnahme“ ist an sich keine Teilnahme, sondern eine bedeutungslose Zusammennennung der Delikte verschiedener Personen in einem Paragraphen; auf sie findet sonach § 56 3 St.P.O. keine Anwendung. A. M. Freudenthal, Begegnungsdelikte, 40.

20) Übereinstimmend R. V, 720, VI, 510; E. VIII, 407; G.A. XXXV, 304; Löwe 12b zu § 56. A. M. Bennecke 328.

21) Vgl. unten S. 358.

22) Was auch nach einer Freisprechung möglich ist, Bennecke 329; Löwe 3ba zu Buch 1 Abschn. 6; E. VIII, 382; Glaser I, 570; Binding Grdr. 148. A. M. Geyer H. H. I, 286.

gemachten Strafanspruch als Teilnahme-, Begünstigungs- oder Hehlereianspruch im Sinne der §§ 47 ff., 257 ff. St.G.B. konnex ist[23]). Der Zeuge ist also zu beeidigen, wenn das Gericht annimmt, dass an der That des Zeugen ein Thatbestandsmerkmal fehlt[24]), oder ihm ein Unrechtsausschliessungsgrund, ein Schuldausschliessungsgrund, ein objektiver oder subjektiver Strafausschliessungsgrund[25]) oder ein Strafaufhebungsgrund[26]) zur Seite steht, dagegen würde der Mangel einer Prozessvoraussetzung gegen den Zeugen die Anwendbarkeit des § 56³ nicht ausschliessen, wie allseitig anerkannt ist. Ist der Zeuge wegen seiner That schon (wenn auch nicht rechtskräftig) verurteilt, so ist er ohne weitere Voraussetzung[27]) unbeeidigt zu lassen, solange nicht das Urteil aufgehoben ist.

Liegen die Voraussetzungen des § 56³ vor, so ist der Eid auch in soweit ausgeschlossen, als der Zeuge nicht über seine eigene Beteiligung aussagt[28]). Bilden mehrere Thaten den „Gegenstand der Untersuchung", so ist der Zeuge, der nur an der einen derselben beteiligt erscheint, insoweit, als sich seine Aussage eben auf diese That bezieht, unbeeidigt zu lassen, im übrigen dagegen zu beeidigen[29]).

Ein besonderer Gerichtsbeschluss über die Nichtvereidigung in den Fällen sub a) ist an sich nicht erforderlich[30]), wenn auch natürlich nicht verboten; es genügt, dass faktisch die Voraussetzungen der Nichtvereidigung vorliegen. Würde freilich ein prozessualer Antrag auf Vereidigung oder Nichtvereidigung von einer Partei gestellt, oder läge der Fall des § 237 Abs. 2 St.P.O. vor, so müsste nach allgemeinen Grundsätzen das Gericht über diesen Antrag sich aussprechen[31]).

---

[23]) Somit ist im Verfahren gegen den Hehler der als Zeuge vernommene Dieb zu beeidigen, denn er ist nicht „Teilnehmer" an der Hehlerei. A. M. E. II, 217; R. VII, 627; E. XXII, 99; Löwe 12c zu § 56; John I, 594; Stenglein 15 zu § 56; Glaser I, 567.

[24]) E. XIX, 391, wo aber verkannt ist, dass St.G.B. § 173 Abs. 4 bloss einen Strafausschliessungsgrund enthält. Löwe 12a Abs. 2 zu § 56; Glaser I, 568.

[25]) Nach R. VIII, 34, 171, IX, 312; E. XIV, 19, XIX, 391, XXII, 99; Löwe 12a Abs. 2 zu § 56; Bennecke 329 dagegen soll für die Nichtbeeidigung ein „an sich" strafbares Thun genügen.

[26]) Dagegen Glaser I, 568; Bennecke 329.

[27]) Also ohne dass das Gericht den gegen ihn sprechenden Verdacht nochmals zu prüfen hätte.

[28]) Bennecke 328 bei Anm. 10.

[29]) Bennecke 328; R. VI, 466, VII, 98; E. XI, 1; Löwe 11b zu § 56. A. M. Glaser I, 568; Stenglein 13 zu § 56; R. IV, 455; E. VI, 279; Ullmann 372 Anm. 3 (der Zeuge sei völlig unbeeidet zu vernehmen).

[30]) Entgegengesetzt die frühere Judikatur des Reichsgerichts, z. B. R. I, 631, II 489. Richtig E. XIX, 354.

[31]) E. XIX, 354; Löwe 6a zu § 56.

b) Bei den nach § 88 III 3 b Eidesweigerungsberechtigten steht es, wenn sie ihrerseits den Eid nicht weigern, gleichwohl noch im Ermessen des Richters, ob sie beeidigt werden sollen, St.P.O. § 57 Abs. 1. Hierfür bedarf es einer jedesmaligen richterlichen Entschliessung, und zwar ist ein Gerichtsbeschluss angemessen, der jedoch die Gründe nicht auszudrücken braucht[32]).

Dagegen kann das Gericht nicht um deswillen von der Vereidigung Abstand nehmen, weil es die Aussage für unglaubhaft hält[33]). Es wäre auch verkehrt, wenn der Richter zu solcher Unterlassung der Vereidigung befugt wäre[34]), denn ob eine Aussage unglaubhaft ist, kann er natürlich erst nach völligem Abschluss der Beweisaufnahme, d. h. insbesondere erst nach der Eidesleistung der Zeugen, beurteilen. Bildet er sich schon vorher ein definitives Urteil, so verfährt er pflichtwidrig und kurzsichtig. Leider rüttelt der vorliegende Entwurf eines Gesetzes betreffend Abänderungen der St.P.O. (sogenannte lex Salisch) an diesem Fundamentalsatz, indem er den Richter ermächtigen will, bei „offenbarer Unglaubwürdigkeit" den Zeugen unbeeidigt zu lassen. Es wäre tief zu beklagen, wenn dieser Entwurf Gesetz würde[35]).

Umgekehrt giebt es auch keinen Satz, der den Richter ermächtigte, die Beeidigung deswegen zu unterlassen, weil er auch ohne den Eid dem Zeugen Glauben schenke[36]).

Auch der durch die Strafthat Verletzte, ebenso derjenige, der durch seine Anzeige den Anstoss zum Verfahren gegeben hat, sind zu vereidigen[37]). —

Die Beeidigung ist Einzel-, nicht Massenbeeidigung, St.P.O. § 60. Würde nämlich von mehreren Zeugen zusammen, „mit gesamtem Munde" geschworen, so würde nicht allein — wenigstens nach moderner Anschauung — die Feierlichkeit des Akts abgeschwächt, sondern auch der Möglichkeit Vorschub geleistet, dass einer oder der andere der Zeugen sich unbemerkt der Eidesleistung entzöge.

---

[32]) v. Kries 372; Löwe 1b zu § 57.

[33]) E. VIII, 407 mit der gem. Meinung A. M. Voitus, Kontrov. I, 179.

[34]) Solche Befugnis gab dem Richter z B. die Preuss. Krim.-Ordnung v. 1805, § 333; die Preuss. St.P.O. v. 1867, § 162. Ebenso jetzt leider R M.St.G.O. § 299 Abs. 4.

[35]) Vgl. Frank, Deutsche Jur.-Ztg. IV, 142; Kronecker ebenda 165; Ditzen Z. VI, 213; Glaser I, 585.

[36]) R. I. 359; Löwe 2a zu § 56; Stenglein 3 zu § 56; John I, 603. Für die *lex ferenda* schlägt Kolligs, Deutsche Jur.-Ztg. IV, 293 eine Bestimmung vor, wonach solchenfalls das Gericht durch einstimmigen Beschluss im Einverständnis mit Staatsanwaltschaft und Verteidigung von Vereidigung Abstand nehmen kann.

[37]) Anders die Preuss. M.St.G.O. § 230.

Vor der Beeidigung ist der Zeuge (aber nicht notwendig einzeln) auf die Bedeutung des Eides hinzuweisen, St.P.O. § 59.

Regel ist der Voreid, Ausnahme der Nacheid, nämlich es kann der vernehmende Richter nach freiem Ermessen „aus besonderen Gründen", z. B. wegen Misstrauens gegen die Glaubwürdigkeit des Zeugen, besonders wenn Bedenken gegen die Zulässigkeit der Vereidigung obwalten, die Vereidigung bis nach Abschluss der Vernehmung aussetzen[38]), St.P.O. § 60. In beiden Fällen ist der Eid assertorisch, nicht etwa darf[39]) der Voreid als promissorischer Eid bezeichnet werden.

Die Eidesformel (enthaltend die Schwurworte) ist solenn gefasst, und zwar als Anrufung Gottes, somit im Sinne des religiösen, nicht des sogenannten bürgerlichen Eides, St.P.O. § 62.

Die Eidesnorm bietet der § 61 St.P.O.[40]).

Die Ableistung des Eides erfolgt regelmässig[41]) durch Nachsprechen oder Ablesen, und zwar soll der Schwörende dabei die rechte Hand erheben; Stumme leisten ihn, wenn sie schreiben können, durch Abschreiben und Unterschreiben; sonst durch Zeichen unter Vermittelung eines Dolmetschers; die Landesherren und die ihnen Gleichgestellten leisten den Eid durch Unterschrift, St.P.O. §§ 63, 71 Abs. 2.

Gleichgestellt sind dem Eide gewisse andere religiöse Versicherungen. Partikularrechtlich war nämlich den Mitgliedern gewisser Religionsgesellschaften, die mit Rücksicht auf das Schwurverbot des Neuen Testaments es für Sünde hielten zu schwören, nachgelassen, statt des Eides eine solenne Beteuerungsformel zu gebrauchen; so in Preussen

---

[38]) Der Entwurf einer Novelle zur St.P.O. (sog. lex Salisch), der z. Z. vorliegt, will, zurückkehrend zum preussischen Recht (Krim.-Ordnung v. 11. Dezember 1805 § 333), den Voreid beseitigen und allgemein den Nacheid einführen. Über die Vorzüge des Voreides oder des Nacheides besteht Streit. Für den Voreid z. B. Frank, Deutsche Jur.-Ztg. IV, 142 (der aber die Frage nach der Fakultativität des Eides, oben S. 358 bei Anm. 33—35 hineinzieht); Ditzen Z. VI, 204 ff; Binding Grdr. 153. Für den Nacheid (mit Recht): Windelband, Deutsche Jur.-Ztg. IV, 161; v. Schwarze, Die Beeidigung der Zeugen im Strafverfahren (1885). Gegen den Voreid spricht besonders die Thatsache, dass der ungebildete Durchschnittszeuge, wie die Praxis alle Tage zeigt, sich bei seiner Aussage des Eideszwangs garnicht bewusst ist, wenn er den Voreid geleistet hat.

[39]) Wie es Binding Grdr. 153; Bennecke 343 II b; Birkmeyer 437, auch hie und da das Reichsgericht und Löwe thun. Richtig Zachariae II, 208 Anm. 1; Mittermaier, N. Arch. d. Kriminalrechts II, 87, 104; Glaser I, 583 Anm. 67; Ullmann 375; Schütze G.A. XXII, 22.

[40]) Sie enthält die Versicherung der Richtigkeit der zu erstattenden bezw. schon erstatteten Aussage.

[41]) So jedoch, dass auch der frei gesprochene Eid prozessual gültig ist, E. XXII, 106.

den Mennoniten und Philipponen. Die R.St.P.O. hat diese Landesgesetze in Kraft belassen, wie auch für die Zukunft landesgesetzliche Exemtionen dieser Art zugelassen, St.P.O. § 64[42]. Dagegen lässt die St.P.O. die Berufung auf einen Diensteid, den der Zeuge früher geleistet hat, nicht mehr genügen.

Die Beeidigung erfolgt regelmässig erst in der Hauptverhandlung, (eventuell bei kommissarischer Vernehmung im Hauptverfahren, St.P.O. § 222[43]); nur ausnahmsweise im Vorverfahren, St.P.O. § 65, nämlich in der Voruntersuchung dann, wenn entweder voraussichtlich der Zeuge am Erscheinen in der Hauptverhandlung verhindert oder sein Erscheinen wegen grosser Entfernung besonders erschwert sein wird, oder wenn die Beeidigung als Mittel zur Herbeiführung einer wahrheitsgemässen Aussage erforderlich erscheint; im Ermittelungsverfahren dann, wenn Gefahr im Verzuge obwaltet, oder die Beeidigung als Mittel zur Herbeiführung einer wahrheitsgemässen Aussage über eine Thatsache, von der die Erhebung der öffentlichen Klage abhängig ist, erforderlich erscheint. Ob diese Voraussetzungen gegeben sind, darüber befindet der vernehmende Richter. Prinzipiell erfolgt somit die Vernehmung der Zeugen im Vorverfahren uneidlich. Diese Bestimmung rechtfertigt sich mit Rücksicht darauf, dass die Vereidigung der Zeugen im Vorverfahren den Schwerpunkt der Beweisaufnahme aus der Hauptverhandlung in das Vorverfahren verlegen würde; mit Rücksicht darauf, dass das Vorverfahren noch nicht direkt über Freisprechung oder Verurteilung entscheidet, somit nur sekundäre Wichtigkeit hat; mit Rücksicht endlich darauf, dass eine zweifache Vereidigung — im Vorverfahren und in der Hauptverhandlung — jedenfalls thunlichst zu vermeiden ist, um unnütze Häufung der Eide zu verhüten[44].

Der Eid deckt immer nur je eine Aussage, bei abermaliger Vernehmung muss der Zeuge also nochmals vereidigt werden. Eine abermalige Vernehmung liegt jedenfalls immer dann vor, wenn sie in einer anderen Hauptverhandlung erfolgt, mag diese auch zu demselben Strafprozess gehören, wie die Hauptverhandlung, in der die erste Aussage

---

[42]) Einzelheiten vgl. bei Bennecke 344 Anm. 16.

[43]) Unten § 119.

[44]) Doch hat die Uneidlichkeit der Vernehmung im Vorverfahren *de lege ferenda* Anfechtung erfahren. So bei John I, 615; Peterson G.A. XXIX, 285; Wiesand Verhandlungen des 17. deutschen Juristentages I, 275. Vgl. aber Geyer 530; H. H. I, 287; Glaser I, 572; G.S. XXXIII, 62; Philler, Verhandlungen des 17. deutschen Juristentages I, 230; mit diesen Schriftstellern übereinstimmend auch der Beschluss des 17. Juristentages II, 200, 296.

abgegeben wurde. Im Rahmen einer und derselben Hauptverhandlung (wozu der Fall des § 228 St.P.O. gehört) dagegen stellen alle an den Zeugen gerichteten Fragen zusammen nur eine Vernehmung dar, es müsste denn sein, dass die erste Befragung des Zeugen mit Abnahme des Nacheides geendigt hat und alsdann eine weitere Befragung des Zeugen erfolgt[45]). Auch wenn der Zeuge also in derselben Hauptverhandlung „entlassen", oder sonst seine Vernehmung als abgeschlossen markiert worden ist, kann gleichwohl eine einfache Fortsetzung der Vernehmung stattfinden[46]). Ebenso ist die Einheit der Vernehmung auch dadurch nicht in Frage gestellt, dass die Themata, über die der Zeuge innerhalb derselben Hauptverhandlung in mehrfachen Absätzen vernommen worden ist, auf verschiedene mit einander verbundene Strafsachen Bezug haben[47]).

Vernehmungen ausserhalb der Hauptverhandlung sind in entsprechender Weise zu behandeln.

An Stelle nochmaliger Eidesleistung genügt jedoch eine von dem Zeugen abgegebene Versicherung der Richtigkeit der neuen Aussage unter Berufung auf den früher geleisteten Eid[48]) dann, wenn in einem und demselben Vorverfahren oder aber in einem und demselben Hauptverfahren[49]) eine zweimalige Vernehmung des Zeugen erfolgt, und bei der ersten schon ein (Vor- oder Nach-)Eid geleistet worden ist. Solche Versicherung steht dem Eide prozessual völlig gleich[50]). Doch kann der Richter auch in diesen Fällen nach seinem Ermessen eine nochmalige Ableistung des körperlichen Eides fordern.

IV. Der Zeuge hat Anspruch auf Gebühren, bestehend in Entschädigung für Zeitversäumnis, Ersatz für Reisekosten und Kosten des Aufenthaltes am Orte der

---

[45]) Bennecke 338, Anm 13; E. XIX, 84.

[46]) A. M. E. XIX, 27; R. I, 756; Löwe 1 zu § 66; Bennecke 338 Anm. 15.

[47]) A. M. Bennecke 338 Anm. 14.

[48]) Nicht aber der blosse Hinweis auf den früheren Eid von seiten des Richters, R. II, 704, V, 250; E. XIX, 28; Löwe 9 zu § 66.

[49]) Zum Hauptverfahren gehört auch die kommissarische Vernehmung, unten § 119; R. III, 490; E. IV, 437; Löwe 2a zu § 66; Bennecke 339 Anm. 17. A. M. John 1, 627; Glaser I, 582; Geyer 533 und in H. H. I, 289 und Andere, die hier „Hauptverfahren" untechnisch = „Hauptverhandlung" setzen. — Dagegen gehört die Wiederaufnahme des Verfahrens nicht zu demselben Hauptverfahren, weil zwischen dem alten und dem neuen Hauptverfahren trennend die Rechtskraft steht. So E. XVIII, 417 und die herrschende Meinung, vgl. Löwe 2b zu § 66; Bennecke 339 Anm. 17; John I, 637.

[50]) Daher gilt besonders das oben über die Eidesfähigkeit Gesagte auch für sie. Bennecke 340.

Vernehmung, St.P.O. § 70, Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige vom 30. Juni 1878 / 20. Mai 1898.

Der Anspruch richtet sich regulär gegen den Staat. Der „unmittelbar“ Geladene hat solchen Anspruch jedoch von Hause aus nur gegen den Ladenden; gegen die Staatskasse nur dann, wenn das Gericht seine Vernehmung als sachdienlich erachtet, St.P.O. § 219.

Der Anspruch wird erworben dadurch, dass der Zeuge seine Zeugnispflicht in dem vom Gericht geforderten Umfange erfüllt. Entlässt das Gericht den erschienenen Zeugen, ohne ihn zu vernehmen, so entsteht der Anspruch also ebenso wie wenn er vernommen wird und den Eid leistet. Dagegen hindern unberechtigte Verweigerung der Aussage oder des Eides das Entstehen des Anspruchs.

Auch die Erfüllung der Zeugnispflicht begründet den Anspruch aber nur für denjenigen Zeugen, der vom Richter oder vom Staatsanwalt geladen, nicht für den „gestellten“ oder spontan erschienenen Zeugen, und für den unmittelbar geladenen nur unter der vorstehend angegebenen Voraussetzung[51]).

Die Höhe der Gebühren richtet sich nach der oben genannten Gebührenordnung. Gegen den Ansatz derselben ist dem Zeugen Beschwerde gegeben, Gebührenord. § 17, St.P.O. §§ 346 ff.

## § 90.

### bb) Sachverständige.

I. Sachverständige (Experten) sind dritte Personen[1]), die im Prozess ein auf besonderer Sachkunde (Wissenschaft, Kunst, Gewerbe u. s. w.) beruhendes Urteil (Gutachten) abgeben, es seien Einzelpersonen, oder (nach §§ 83 Abs. 3, 91, 92 St.P.O.) ganze Fachbehörden. Vom Zeugen unterscheidet sich der Sachverständige dadurch, dass er nicht, wie jener, über Thatsachen, die Gegenstand seiner Wahrnehmung sind oder gewesen sind, einfach aussagt, sondern auf Thatsachen, die er sinnlich nicht wahrgenommen hat, im Prozess lediglich auf Grund seiner Sachkunde einen Schluss zieht[2]). Er bringt vor Gericht einen Erfahrungssatz mit, empfängt im Prozess eine Thatsache, sei es, dass sie ihm vom Gericht mitgeteilt wird, oder er sie den Aussagen der in seiner Gegenwart vernommenen Zeugen u. s. w. entnimmt, sei es, dass

---

[51]) Löwe 12 zu § 219 will den gestellten Zeugen dem unmittelbar geladenen gleichstellen. Dagegen mit Recht Bennecke 347 Anm. 24.

[1]) Über diesen Begriff s. oben § 88 I.

[2]) Die Definition, die Birkmeyer 405 von den Sachverständigen giebt (es handle sich um „Wahrnehmung“ von Thatsachen mittels der durch Wissenschaft, Gewerbe oder Kunst besonders geschärften Sinne), passt nicht auf den Sachverständigen, sondern auf den sachverständigen Zeugen.

er selbst die Thatsache im Prozess durch „Expertise“ feststellt[3]); aus dem Erfahrungssatz als Obersatz und der gegebenen Thatsache als Untersatz zieht der Sachverständige im Prozess vor Gericht den Schluss auf eine bisher unbekannte Thatsache[4]). Die Bekundung des Sachverständigen ist also ihrem Wesen nach hypothetisch: sie steht und fällt mit der Richtigkeit der als Untersatz dienenden Thatsache. Damit hängt zusammen, dass die Sachverständigen sozusagen „fungibel“ sind[5]), insofern ihr ganzes Rüstzeug in dem allgemeinen Erfahrungssatze besteht, somit jeder das Gutachten abgeben kann, der diesen Satz beherrscht, während der Zeuge ein bestimmtes Wissen bereits in den Prozess mitbringen muss, somit unvertretbar ist[6]).

Dass die vorstehend angegebene Unterscheidung[7]) zwischen Zeugen und Sachverständigen die richtige sei, wird vielfach bestritten. Es wird namentlich geltend gemacht, auch der Zeuge „urteile“, denn jede, auch die einfachste Aussage sei ein „Urteil“ im Sinne der Logik[8]). Das scheint durch einzelne Beispiele bestätigt zu werden; z. B. kann man recht wohl vom „Leumundszeugen“ sagen, er „beurteile“ den Charakter des Beleumdeten.

Nun darf aber nicht bestritten werden, dass die Gesetzgebung auch sonst die einfache Aussprechung einer Thatsache von dem Urteile sondert, (vgl. z. B. St.G.B. §§ 131, 138, 144, 186, 263), übereinstimmend mit dem Sprachgebrauch des täglichen Lebens[9]). Die urteilende Thätigkeit entzieht sich nämlich in zahlreichen Fällen dem Bewusstsein. Sie erscheint *prima facie* nur als „einfache Aussage“.

Die Grenzlinie zwischen einfacher Aussage und Urteil ist nun gewiss nicht immer leicht zu finden[10]); aber der Begriff des Sachverständigen erhält seine feste Begrenzung durch dass Erfordernis der

---

[3]) Unten I gegen Ende.

[4]) Z. B.: Obersatz: Die Leichen der an gewissen Giften verstorbenen Personen verfärben sich an bestimmten Stellen des Körpers; Untersatz: Die Leiche des X hatte diese und jene Färbung; Schluss: Folglich ist X an Gift gestorben.

[5]) Bennecke 351 Anm. 4.

[6]) Vgl. Heusler, Arch. f. civilist. Pr. LXII, 243; Binding Grdr. 142 II, 2; Ullmann 345.

[7]) Sie wird auch vertreten von Frank III zu § 154 St.G.B, und war schon der gemeinrechtlichen Wissenschaft geläufig, vgl. z. B. Wetzell, Syst. d. Civilpr., 3. Aufl. 529.

[8]) So Bennecke 349, Gross, Kriminalpsychologie 421, Birkmeyer 444, vgl. Stein, Priv. Wiss. 8, Rupp 5.

[9]) Vgl. hierzu Stein, Priv. Wiss. 7 ff.

[10]) Vgl. E. XXVI, 70.

besonderen Sachkunde, die dem Betreffenden den Erfahrungssatz liefert[11]). Der Umfang des Begriffs „besondere" Sachkunde ist freilich ein nach Zeit und Ort schwankender[12]). Je höher die allgemeine Bildung, um so grösser die „allgemeine" Sachkunde. Indessen ist dieses Schwanken für den Prozess unerheblich. Es kommt nur darauf an, ob der Richter selbst die nötigen Erfahrungssätze beherrscht oder nicht[13]). Beherrscht er sie nicht, dann eben muss ihm eine „besondere Sachkunde" eines Sachverständigen zu Hülfe kommen.

Hie und da findet sich die Auffassung, Zeugen und Sachverständige unterschieden sich dadurch, dass die Aussage der ersteren Vergangenes, die der letzteren Gegenwärtiges betreffe[14]). Das ist unrichtig[15]), die Thatsache, auf die der Sachverständige seinen Schluss zieht, wird sogar sehr häufig in der Vergangenheit liegen, zum Beispiel der erfolgte Tod an Gift; umgekehrt kann der Zeuge über Gegenwärtiges befragt werden, z. B. über die Identität des Beschuldigten mit dem Thäter[16]).

Neuerdings wird der Unterschied zwischen den genannten beiden Arten der persönlichen Beweismittel von Stein[17]) darin gefunden, dass der Zeuge Thatsachen, der Sachverständige Erfahrungssätze dem Gericht liefere. Aber die Erfahrungssätze bilden nur den an sich für das Gericht uninteressanten, oft gar nicht einmal für den Laien verständlichen Durchgangspunkt der Gedankenoperation des Sachverständigen. Möglicherweise setzt der Sachverständige auch die Erfahrungssätze seiner Wissenschaft dem Gericht auseinander, aber dadurch werden sie noch nicht dem Gericht zu eigen[18]); auch dient diese Auseinander-

---

[11]) Hierauf kommt auch Bennecke 350 hinaus, nur dass er lediglich die besondere Sachkunde das unterscheidende Merkmal sein lassen will (351), nicht das gegenwärtige Urteil auf Grund der Sachkunde. Aber bei solcher Auffassung sucht man vergeblich nach einem Unterschiede des sachverständigen Zeugen vom Sachverständigen, während doch § 85 St.P.O. zu einer derartigen Unterscheidung nötigt. Wenn Bennecke 354 diesen Unterschied darin finden will, dass sich die Aussage des Sachverständigen nur auf gegenwärtige, nicht auf vergangene Thatsachen beziehe, so kommt er damit auf eine von ihm selbst — 352 — verworfene Unterscheidung zurück, vgl. nachstehend bei Anm. 14—16. Gegen die „besondere Sachkunde" erklärt sich Stein, Priv. Wiss. 25.

[12]) Bennecke 350, d und Anm. 2.

[13]) Vgl. oben S. 316.

[14]) Heusler 245; Birkmeyer 444, 423; Glaser I, 686.

[15]) Bennecke 352; Stein 57.

[16]) Somit ist unhaltbar die Auffassung, der Zeuge könne nur ausserhalb des Prozesses gemachte Wahrnehmungen bekunden. Sie wird z. B. vertreten von Birkmeyer 424, 445. Vgl. dagegen R. III, 544; Stein 57.

[17]) Priv. Wissen 54.

[18]) Oben S. 316.

setzung nur dazu, um dem Gericht die Überzeugung zu verschaffen, dass der Betreffende die nötige Sachkunde wirklich besitzt. Sie kann daher auch fehlen. Nicht in ihr besteht das Gutachten, sondern in der Anwendung des Erfahrungssatzes, in der Schlussziehung auf die betreffende beweiserhebliche Thatsache[19])[20]).

Der sogenannte sachverständige Zeuge — St.P.O. § 85 — ist Zeuge. Er bekundet die Thatsache, dass er früher ausserprozessual unter Verwertung besonderer Sachkunde aus einer von ihm gemachten Wahrnehmung auf eine Thatsache einen Schluss gezogen hat[21]), während der Sachverständige erst im Prozess den Erfahrungssatz zu handhaben hat[22]). Der Gegensatz gegen den Sachverständigen tritt namentlich bei demjenigen zum sachverständigen Zeugnis Herangezogenen hervor, der verneinend aussagt, er habe sich damals ein Urteil nicht gebildet: die Vernehmung des Sachverständigen kann zu solchem negativen Ergebnis nie gelangen; hat der als Sachverständiger Zugezogene überhaupt die nötige Sachkunde, so muss er sich auch ein Urteil bilden. Beispielsweise ist sachverständiger Zeuge der Eisenbahnstationsbeamte, der bei einem Eisenbahnunfall zugegen gewesen ist und im Prozesse darüber befragt wird, ob er sich damals das Urteil gebildet hat, dass die Weichen vorschriftsmässig gestellt waren. Dagegen würde Sachverständiger sein etwa ein Regierungsbaurat, der nicht bei dem Unfall zugegen gewesen war, und dem nun die Frage vorgelegt wird, ob er aus dem ihm jetzt mitgeteilten (oder durch Anhörung der Verhandlung zugänglich gewordenen) Thatbestand den Schluss ziehe, dass die Weichen vorschriftsmässig gestellt waren.

Hiervon zu unterscheiden ist der Fall, dass jemand zugleich Zeuge und Sachverständiger ist. Wird z. B. der Arzt, der den angeblich an Vergiftung gestorbenen X behandelt hat, darüber befragt,

a) was er für Wahrnehmungen gemacht habe (zum Beispiel weil auf Grund dieser Aussage auch andere Ärzte ein Gutachten abgeben sollen);

---

[19]) Den Ausführungen Steins steht die Auffassung dieses Lehrbuchs gleichwohl nahe.

[20]) Zutreffend Rupp, Beweis im Strafverf. 114. Auch Stein selbst 56.

[21]) Richtig Kohler, Jur. L. Bl. X, 134, vgl. auch Stein 60. Nicht ganz genau Bennecke 371.

[22]) Unrichtig Rupp 116, der einen Unterschied nicht anerkennen will, vgl. auch v. Kries 381.

b) ob er jetzt das Urteil fälle, dass der Tod durch Vergiftung eingetreten sei,
so ist er Zeuge und Sachverständiger [23]).

Die Sachverständigen sind Beweismittel [24]), wie sich, abgesehen vom Begriff selbst, aus der unverkennbaren Parallele ergiebt, die die St.P.O. zwischen Zeugen und Sachverständigen zieht (besonders § 72), sowie aus den §§ 218, 244 St.P.O., wo von Zeugen, Sachverständigen und „anderen Beweismitteln" die Rede ist. Eine ältere, ganz schiefe Auffassung stellte die Sachverständigen als *„judices facti"* den Richtern als den *„judices juris"* entgegen. Das ist heute aufgegeben. Immerhin aber behandelt doch die St.P.O. die Sachverständigen in einzelnen Beziehungen als Richtergehülfen, so besonders in §§ 73, 74, denen freilich die §§ 193, 218, 219, 221, 238 gegenübertreten [25]).

Von den Sachverständigen als einer Art von Beweismitteln sind wohl zu unterscheiden — was aber meist nicht geschieht [26]) — solche sachkundige Personen, die dem Richter irgend welche Wahrnehmungen oder Handlungen ermöglichen, nicht selbst Gutachten abgeben, wie z. B. der Arzt, der lediglich gewisse Teile einer Leiche blosslegt, um den Richter selbst wahrnehmen zu lassen, dass eine Kugel sich in dem Körper befindet und dergleichen, oder der Verkehrsdolmetscher [27]) oder das Mitglied einer kollegialen Fachbehörde, das nach § 255 Abs. 2 St.P.O. das schriftlich von der Behörde erstattete Gutachten in der Hauptverhandlung „vertritt", das heisst ohne eigene besondere Begutachtung dem Gericht das Verständnis des Gutachtens erschliesst [28]). Solche Personen sind völlig richterliche Hülfspersonen und nicht nach den §§ 72 ff. St.P.O. zu behandeln.

Mangels ausdrücklicher Gesetzesbestimmung wird anzunehmen sein, dass dem Richter zwar unverwehrt ist, sich solcher Hülfspersonen zu

[23]) Stein 64 ff. will zulassen, dass sich der Richter in den von ihm zu machenden Wahrnehmungen von Thatsachen durch den Sachverständigen vertreten lasse, ohne dass dieser dadurch seine Stellung als Sachverständiger ändere. Dem ist nicht beizupflichten.

[24]) Ebenso Bennecke 351; John I, 518; Birkmeyer 447. A. M. die Motive zu Entwurf I §§ 63—75, zu Entwurf III §§ 64—76.

[25]) Vgl. Bennecke 353

[26]) Vgl. aber Glaser I, 670, Binding Grdr. 141 (allerdings nicht ganz übereinstimmend mit dem Text). Auch die Scheidung Birkmeyers 446 („wahrnehmende" und „urteilende" Sachverständige) ist nicht dieselbe, wie die unsrige.

[27]) Oben § 76 S. 286—287. Auf diese Personen passt die Schilderung Johns I, 517 von den Sachverständigen, die nicht das Material vermehren, sondern nur bewirken, dass es verwertbar wird.

bedienen, dass aber eine Pflicht, solche Dienste zu leisten, nicht besteht. (Dagegen muss der Begutachtungssachverständige, der überhaupt zur Begutachtung verpflichtet ist (unten IV) für verpflichtet gehalten werden, auch solche in seine Wissenschaft u. s. w. einschlagenden Hülfsthätigkeiten (Expertisen, Leichenöffnung u. s. w.) vorzunehmen, ohne die er das Gutachten nicht erstatten kann[29]).

Die als Richtergehülfen dienenden Sachkundigen werden demnach auch nicht „vernommen", erstatten kein Gutachten, leisten keinen Eid (*de lege ferenda* bedenklich, *de lege lata* aber deshalb zweifellos, weil der Sachverständigeneid auf Erstattung eines Gutachtens lautet, somit auf sie nicht passt).

II. Zur Abgabe von Gutachten unfähig ist

1. wer nicht die nötige Sachkunde besitzt;

2. wer nach §§ 72, 56 St.P.O. eidesunfähig ist[30]); denn unbeeidigte Gutachten sind dem Gesetz völlig fremd.

Kraft Gesetzes ausgeschlossen ist nur — und zwar nur insoweit es sich um eine Leichenöffnung handelt, — der Arzt, der den Verstorbenen in der dem Tode unmittelbar vorangegangenen Krankheit behandelt hat, St.P.O. § 87 Abs. 1 Satz 2[31]).

Ablehnbar ist ein Sachverständiger aus den Gründen, aus denen auch ein Richter abgelehnt werden kann, St.P.O. § 74, das heisst also a) bei Vorliegen eines Umstandes, der bei einem Richter zur Ausschliessung führen würde, St.P.O. §§ 24, 22[32]), ausgenommen jedoch den Umstand, dass der Sachverständige als Zeuge vernommen ist (§ $22^{5}$ St.P.O.) § 74 Satz 2 St.P.O.; sowie b) bei Besorgnis der Befangenheit, St.P.O. § 22 Abs. 1 und 2.

Das Recht, einen Sachverständigen abzulehnen, ist ein Parteirecht, St.P.O. § 74 Abs. 2. Eine Selbstablehnung des Sachverständigen wäre gleichbedeutend mit Verweigerung der Begutachtungspflichterfüllung. — Das Ablehnungsverfahren gestaltet

---

[28]) Desshalb richtig Bennecke 546 Anm. 31. Vgl. auch Stein 71.

[29]) Ob das Gericht dann von dem Sachverständigen ausser dem Gutachten auch eine Mitteilung über die Wahrnehmungen, die er bei der Expertise gemacht hat, den „Befund", erfordert, hängt natürlich davon ab, ob das Gericht die wahrgenommenen Thatsachen anderweit braucht. Bejahendenfalls ist der Sachverständige gleichzeitig Zeuge (oben S. 365). Nicht ganz zutreffend Rupp 115.

[30]) Ebenso John I, 672; Birkmeyer 449, 450; Bennecke 355; Glaser I, 691; Stenglein 1 zu § 79; Löwe 1 zu § 79; v. Kries 388; Puchelt 3 zu § 79; v. Schwarze 1 zu § 79; Ullmann 346, 348; Binding 431. A. M. E. XXVII, 398.

[31]) Vgl. Bennecke 356.

[32]) Keiner Übertragung auf Sachverständige fähig ist der § 23 St.P.O.; John I, 666, 678; Löwe 2 zu § 74; Bennecke 356.

sich nicht nach Analogie des Richterablehnungsverfahrens, denn § 74 St.P.O. nimmt nur die Ablehnungsgründe des § 24 St.P.O. in Bezug. Deshalb ist namentlich die Entscheidung über das Ablehnungsgesuch gemäss §§ 346 ff. St.P.O. anfechtbar (anders als nach § 28 St.P.O.) und es ist für die Ablehnung eine zeitliche Grenze nicht gesetzt (anders als nach § 25 St.P.O.)[33]. Wird ein Sachverständiger abgelehnt, so wird dadurch — vorausgesetzt, dass die Ablehnung begründet ist — sein Gutachten unbenutzbar, selbst wenn es schon erstattet sein sollte[34]): die Ablehnung wirkt zurück.

Die Zuziehung von Sachverständigen erfolgt grundsätzlich durch den Richter, der jeweils mit der Sache befasst ist, St.P.O. § 73, im vorbereitenden Verfahren durch den Staatsanwalt. Daraus ergiebt sich namentlich, dass eine prozessuale Notwendigkeit, über technische u. s. w. Fragen Sachverständige zuzuziehen, nicht besteht. Glaubt der Richter, die in Betracht kommenden Erfahrungssätze selbst zu beherrschen, so bedarf er eben keines Sachverständigen[35]). Eine Ausnahme gilt jedoch für die Fälle der Leichenöffnung, St.P.O. § 87, bei welcher zwei Sachverständige und zwar Ärzte mitwirken müssen[36]); und für die Fälle, in denen es sich um Untersuchung auf Gift handelt, wobei ebenfalls fachmännische Untersuchung geboten ist, St.P.O. § 91[37]).

In Ansehung der Persönlichkeit der Sachverständigen ist für Fälle des Verdachts einer Vergiftung oder eines Münzverbrechens oder Münzvergehens dem Richter durch §§ 91, 92 St.P.O. vorgeschrieben, an was für Sachverständige er sich zu wenden hat (Chemiker, evtl. unter Mitwirkung oder Leitung eines Arztes; Münzbehörde)[38]). Im übrigen schreibt § 73 Abs. 2 St.P.O., aber nur instruktionell, vor, dass in erster Linie die etwaigen öffentlich bestellten Sachverständigen zugezogen werden sollen, Gerichtsärzte, Gerichtschemiker u. dgl., andere nur wenn besondere Umstände es erfordern. Andererseits ist der Richter auch ermächtigt, einen zur Erstattung eines Gutachtens Verpflichteten — unten IV — von dieser Pflicht zu entbinden, St.P.O. § 76 Satz 2.

Eine Minimalzahl zuzuziehender Sachverständiger (nämlich 2) ist für die Leichenöffnung in § 87 St.P.O. bestimmt; im übrigen richtet sich die Zahl nach

---

[33]) Weitere Einzelheiten s. bei Bennecke 357—358.

[34]) Bennecke 358.

[35]) Vgl. oben S. 316. Gut E. XXV, 326. S. auch Bennecke 359; E. III, 176; v. Kries 384; Mot. 151; John I, 662; Stein 82 unter zutreffendem Hinweis darauf, dass der Richter ein „privates Wissen“ von den Erfahrungssätzen (anders als das private Wissen von Thatsachen) prinzipiell frei verwerten darf. Einschränkend Löwe 2a zu § 73.

[36]) Oben S. 338.

[37]) Ebenso John I, 659; Birkmeyer 453; Bennecke 359 Anm. 18 entgegengesetzt freilich 380.

[38]) Andere als die in §§ 91, 92 genannten Sachverständigen darf der Richter hier nicht angehen, das „erforderlichenfalls“ in § 92 heisst nur: „insoweit überhaupt Sachverständige notwendig sind.“ A. M. Bennecke 380 Anm. 19. Im Falle des § 91 sind nach dem vorstehend im Text bei Anm. 37 Gesagten unbedingt die in § 91 genannten Sachverständigen zuzuziehen.

dem Bedürfnis. Zulässig ist auch die Anordnung wiederholter Begutachtung, St.P.O. § 83[39]).

Von der Regel, dass der Richter es ist, der den Sachverständigen zuzieht, giebt es Ausnahmen: unter Umständen ist es die Partei, die den Sachverständigen zuzieht, so zwar, dass einmal der Angeschuldigte zu einem Termin in der Voruntersuchung, in dem ein Augenschein unter Zuziehung von Sachverständigen eingenommen wird, auch seinerseits Sachverständige zuziehen kann, St P.O. § 193, sodann im Wege der unmittelbaren Ladung[40]) nicht bloss Zeugen, sondern auch Sachverständige zur Hauptverhandlung geladen werden können, St.P.O. § 219. Auch kann natürlich der Staatsanwalt spontan zur Hauptverhandlung Sachverständige laden.

III. Der Sachverständigenbeweis ist unzulässig insoweit ein öffentlicher Beamter entgegen den in St.P.O. §§ 72, 53 einesteils, § 76 Abs. 2, anderenteils getroffenen Bestimmungen herangezogen werden soll[41]).

IV. Die Begutachtungspflicht (Sachverständigenpflicht) beschränkt sich im Gegensatz zur Zeugnispflicht auf vier Personenkategorieen (§ 75 St.P.O.), nämlich auf

die Personen, die zur Erstattung von Gutachten der erforderten Art öffentlich bestellt sind, z. B. Gerichtschemiker, Gerichtsärzte, Bücherrevisoren, die literarischen Sachverständigenvereine des § 31 des Gesetzes vom 11. Juni 1870 u. s. w;

solche, die die Wissenschaft, die Kunst oder das Gewerbe, deren Kenntnis Voraussetzung der Begutachtung ist, öffentlich zum Erwerbe ausüben, z. B. praktizierende Ärzte;

solche, die zur Ausübung dieser Wissenschaft, der Kunst oder des Gewerbes öffentlich bestellt oder ermächtig sind, z. B. der approbierte Arzt, auch wenn er überhaupt nicht oder z. B. nur unentgeltlich praktiziert;

endlich solche, die sich zur Begutachtung vor Gericht bereit erklärt haben[42]).

Die Begutachtungspflicht umfasst — analog der Zeugnispflicht — die Pflicht zum Erscheinen[43]), die Pflicht zur Erstattung des Gutachtens

---

[39]) Im Einzelnen vgl. Bennecke 360—361.

[40]) Oben S. 353, unten § 103 II 2.

[41]) Hierüber oben § 85 III a.

[42]) Allgemeine Bereiterklärung genügt, John I, 679; Bennecke 362 Anm. 1; Binding, Grdr. 144. A. M. Geyer H. H. I, 243; Glaser I, 703; Ullmann 349; Löwe 8 zu § 75.

[43]) Auf ordnungsmässige Ladung hin — oben S. 353, einschliesslich der unmittelbaren Ladung zur Hauptverhandlung. Dagegen ist der vom Angeschuldigten in der Voruntersuchung (§ 193 St P.O.) geladene Sachverständige zum Erscheinen nicht verpflichtet (Bennecke 333 Anm. 14).

(worin eventuell die Pflicht zur vorgängigen Expertise enthalten ist[44]), und die Pflicht zur Eidesleistung.

Ungehorsam des Begutachtungspflichtigen zieht für ihn Kostenlast und Ordnungsstrafe, die aber nur in Geld bestehen kann, nach sich, St.P.O. § 77, nicht auch Exekutivzwang, weil ein erzwungenes Gutachten wertlos oder wenigstens minderwertig erscheint. Wiederholter Ungehorsam macht die noch einmalige Verhängung einer Geldstrafe (in höherem Betrage als beim ersten Mal) möglich.

Die Pflicht zum Erscheinen schränkt sich jedoch hier in derselben Weise örtlich ein wie bei den Zeugen, St.P.O. § 72[45]).

Ein Begutachtungsweigerungsrecht haben *mutatis mutandis* die zeugnisweigerungsberechtigten Personen, St.P.O. § 76 Satz 1, §§ 52—54[46]). Zudem begründet natürlich auch das Beweisverbot des § 76 Abs. 2 St.P.O.[47]) für den öffentlichen Beamten ein Begutachtungsweigerungsrecht. Das Begutachtungsweigerungsrecht für sich allein lässt aber die Pflicht zum Erscheinen — wie beim Zeugen — unberührt[48]).

Ein Eidesweigerungsrecht des Sachverständigen giebt es nicht[49]); Eidesweigerung würde ja auch das Gutachten entwerten.

V. Die Vernehmung des Sachverständigen erfolgt im allgemeinen in entsprechender Weise wie die Vernehmung des Zeugen, St.P.O. § 72.

Unanwendbar auf den Beweis durch Sachverständige ist jedoch die Bestimmung des § 58 Abs. 1 St.P.O.: die Sachverständigen brauchen nicht einzeln und in Abwesenheit der später zu vernehmenden Sachverständigen vernommen zu werden[50]). Denn da der Sachverständige sich ein Urteil bilden soll, so kann es nur erwünscht sein, dass er Gelegenheit hat, an fremdem Urteil die Richtigkeit seines eigenen zu kontrollieren.

Noch viel weniger ist zu fordern, dass etwa der Sachverständige während der Vernehmung der Zeugen oder des Beschuldigten abwesend sein müsse[51]); soll er doch gerade vielfach den Untersatz

[44]) Oben S. 367, Mot. 152; Bennecke 363, Löwe 2 zu § 75.
[45]) Oben S. 348.
[46]) Oben S. 349 ff.
[47]) Oben S. 334.
[48]) Bennecke 365. A. M. Löwe 1 zu § 77.
[49]) Bennecke 364.
[50]) So die Mot. zur C.P.O. 259; John I, 598; Geyer 499; Löwe 2a zu § 82; Bennecke 367; E. II, 158; im allgemeinen auch Glaser I, 728. A. M. Rintelen Str.Pr. 111.
[51]) Bennecke 367 Anm. 9; Löwe 2a zu § 82.

für das von ihm erwartete Urteil (oben S. 362) aus den Aussagen der Zeugen und des Beschuldigten entnehmen. Das bestimmt auch § 80 St.P.O. ausdrücklich mit dem Zusatz, dass das Gericht dem Sachverständigen sogar gestatten kann, an Zeugen und Beschuldigte unmittelbar Fragen zu richten.

Übrigens kann das Gericht dem Sachverständigen den Untersatz, dessen er benötigt, in völlig freier Weise verschaffen, sogar durch Erschliessung der Einsicht in die Akten, § 80 Abs. 2 St.P.O. Macht das Gericht von letzterer Möglichkeit in der Hauptverhandlung Gebrauch, so muss es natürlich kontrollieren, ob die vom Sachverständigen als Untersatz benutzten Thatsachen auch wirklich durch die mündliche Hauptverhandlung erwiesen worden sind.

Dass der Richter dem Sachverständigen die erforderlichen Direktiven zu geben, seine Thätigkeit zu „leiten" hat (St.P.O. § 78), ist selbstverständlich.

Die Erstattung des Gutachtens untersteht dem Mündlichkeits- und dem Unmittelbarkeitsgrundsatz (nur kann im Vorverfahren der Richter sich mit einem schriftlichen Gutachten begnügen, St.P.O. § 82, und es können die Gutachten öffentlicher Behörden nach Massgabe des § 255 auch in der Hauptverhandlung schriftlich sein). Deshalb muss insbesondere auch der Beweisdolmetscher, der ja zu den Sachverständigen gehört[52]), also der Übersetzer von Schriftstücken, die in fremder Sprache abgefasst sind, der Deuter von stenographierten oder chiffrierten Urkunden, in der Hauptverhandlung sein Gutachten persönlich erstatten[53]): d. h. wenn überhaupt eine Person dem Gericht die Übersetzung oder Deutung bringt, dann muss diese Person selbst mündlich gehört werden; es genügt nicht, dass das Gericht eine von ihr schriftlich eingereichte Übersetzung verlesen lässt[54]).

Zur Vorbereitung eines Gutachtens über den gegenwärtigen[55]) Geisteszustand des Beschuldigten kann nach § 81 St.P.O., aber erst nach Erhebung der öffentlichen Klage[56]), die Unterbringung des Angeschuldigten in einer öffentlichen Irrenanstalt auf die Dauer von höchstens 6 Wochen angeordnet werden. Voraussetzung ist der vorgängige Antrag eines Sachverständigen — wohingegen die Parteien solchen Antrag zu stellen nicht befugt, auch das Gericht nicht in der Lage ist, *ex officio* diese Massregel zu verhängen —.

Über den Antrag muss gemäss § 33 St.P.O. die Staatsanwaltschaft, ausserdem aber gemäss § 81 St.P.O. der Verteidiger gehört werden; sollte ein Verteidiger nicht vorhanden sein, so muss vorweg ein solcher bestellt werden.

---

[52]) Oben S. 286—287.

[53]) Richtig E. XXV, 353, XXVII, 162 (gegen R. V, 434), wiewohl hier die Scheidung zwischen Beweisdolmetscher und Verkehrsdolmetscher zu vermissen ist. Anders Geyer 457 bei Anm. 4.

[54]) Wohl aber kann der Beweisdolmetscher eine von ihm zuvor angefertigte Übersetzung in der Hauptverhandlung als sein Gutachten verlesen. R. IV, 876.

[55]) Ebenso Löwe 3 zu § 81; v. Kries 391. A. M. Stenglein 1 zu § 81; Bennecke 369, Ortloff G.S. XXXV, 457, E. XX, 378.

[56]) Dies ergiebt sich aus dem Wort „Angeschuldigter" in § 81 St.P.O.

Gegen den Beschluss auf Unterbringung ist die — hier mit aufschiebender Wirkung ausgestattete — sofortige Beschwerde gegeben, und zwar richtiger Ansicht nach auch dann, wenn der Beschluss vom erkennenden Gericht gefällt ist[57]; § 347 St.P.O. kann hier schon desswegen keine Anwendung finden, weil er als *lex generalis* dem uneingeschränkt lautenden § 81 Abs. 3 St.P.O. als der *lex specialis* nachsteht.

Gegen den Beschluss, der den Antrag des Sachverständigen ablehnt, hat der Sachverständige keinen Rechtsbehelf[58]; wohl aber findet zu Gunsten der Parteien angesichts des Schweigens des § 81 St.P.O. die *lex generalis*, also St.P.O. § 346[59]) und evtl. § 347 Anwendung.

VI. Der Gutachtereid ist immer Voreid. Der Sachverständige schwört, dass er das von ihm erforderte Gutachten unparteiisch und nach bestem Wissen und Gewissen erstatten werde. St.P.O. § 79. Der Eid deckt offensichtlich die Angaben des Sachverständigen „zur Person" nicht[60]. Eine Abstandnahme von der Vereidigung des Sachverständigen ist unstatthaft[61].

Der Eid des Sachverständigen ist ersetzbar durch Berufung auf einen allgemeinen Sachverständigeneid, wenn der Betreffende einen solchen geleistet hat, St.P.O. § 79 Abs. 2.

Im übrigen richtet sich die Vereidigung des Sachverständigen nach den Sätzen betreffend die Zeugenvereidigung, § 72 St.P.O. Namentlich ist gemäss § 60 St.P.O. Einzelvereidigung geboten[62], und zwar ist entsprechend dem § 65 St.P.O. der Zeitpunkt zur Vereidigung erst in der Hauptverhandlung gekommen[63].

VII. Der Gebührenanspruch des Sachverständigen entspricht im wesentlichen dem des Zeugen[64], nur dass noch Entschädigung für die Mühwaltung hinzutritt, St.P.O. § 84.

---

[57]) Übereinstimmend Löwe 9 zu § 81; Rintelen 111 Anm. 3; M. VII. 311. A. M. E. XX, 378; O.L.G. Colmar, G.A. XXXIX, 361; Hellweg bei Löwe a. a. O.; Hamm, Das Recht III, 25.

[58]) So Stenglein 5 zu § 81; Löwe 9 zu § 81; Bennecke 369. A. M. John I, 711.

[59]) So John I, 710. A. M. einerseits Stenglein 5 zu § 81; Bennecke 369 Anm. 10, die die sofortige Beschwerde geben wollen; andererseits Rintelen 111 Anm. 3; Löwe 9 zu § 81, die überhaupt kein Beschwerderecht zulassen wollen.

[60]) Ebenso Bennecke 371 Anm. 9; Löwe 2b zu § 82; Puchelt 2 zu § 82; Olshausen 6b zu § 154 St.G.B.; E. XX, 235, XII, 128; R. VII, 212. A. M. E. VI, 267; John I, 701, v. Kries 388.

[61]) Bennecke 366 Anm. 3; John I, 689; Löwe 1 zu § 79, Binding Grdr. 143. A. M. E. XXVII, 398.

[62]) Bennecke 365, Löwe 5 zu § 79, John I, 603. A. M. Glaser I, 710.

[63]) Löwe 2 zu § 79, Voitus Kontr. I, 205, Bennecke 366, John I, 687, Glaser I, 707. Ullmann 350, E. VIII, 359, R. V, 401. A. M. Stenglein 2 zu § 79, Geyer H. H. I, 250.

[64]) Oben § 89 IV.

## § 91.

### cc) Die Parteien [1]).

Im heutigen deutschen Civilprozess sind die Parteien nicht (materielle) Beweismittel [2]); nur der Parteieid ist als sogenanntes formales Beweismittel anerkannt. Im Strafprozess ist es gerade umgekehrt: ein Parteieid (etwa ein Reinigungseid, *juram. purgatorium, tortura spiritualis* des Beschuldigten) [3]) ist hier nicht zugelassen, dagegen ist das Gericht nicht behindert, die Parteien selbst, sofern sie physische Personen sind, als Beweismittel zu benutzen, indem es die Aussage des Angeklagten oder des Nebenklägers oder — im Privatklageverfahren — die des Privatklägers [4]), sofern sie glaubhaft erscheint, der Entscheidung zu Grunde legt. Hieran darf auch der Umstand nicht irre machen, dass die St.P.O. in den §§ 237, 243 „die Vernehmung des Angeklagten" und die „Beweisaufnahme" einander gegenüberstellt. Man muss sich nämlich vergegenwärtigen, dass der Hauptzweck der Vernehmung des Beschuldigten nicht Beweiserhebung ist, sondern Verschaffung der Gelegenheit zur Geltendmachung seiner prozessualen Parteirechte. Wenn seine Aussagen gleichzeitig zum Beweise mit beitragen, so ist dies gewissermassen nur eine Nebenwirkung. Das darf aber nicht dazu verleiten, die Beweismitteleigenschaft des Beschuldigten zu bestreiten [5]); „materiell gehört vielmehr auch die Vernehmung des Angeklagten . . . zur Beweisaufnahme" [6]), wofür auch die §§ 253, 256, 260, 136 Abs. 2, 185, 211 Abs. 2, 242 Abs. 3, 402 [4] St.P.O. sprechen. Dagegen ist es nicht richtig, die Aussage des Beschuldigten als „Beweismittel" zu

---

[1]) Rupp, 117.

[2]) Anders nach denjenigen Prozessordnungen, die die Vernehmung der Partei als Zeugen zulassen.

[3]) Vgl. hierzu Heinze, G.A. XXIV, 289—290. Der Reinigungseid war bekanntlich germanischen Ursprungs, fand sich dann in cap. 8—11 X. *de purgat. canon* V, 34; im R.A. v. 1512 Tit. 4 § 6; im Landfrieden v. 1548 c. 14 § 1; in der K.G.O. v. 1555 Th. 2, Tit. 10 § 1. Die CCC. erwähnt den Reinigungseid nicht. Vgl. Zachariä II, 454.

[4]) Dass ausser dem Beschuldigten auch andere als Partei Auftretende Beweismittel sein können, wird regelmässig übersehen. Vgl. aber das interessante Urteil des Preuss. Obertrib. in dessen Entscheidungen LXXXIII, 377; auch Bennecke 637 Anm. 21; sowie v. Kries Z. VI, 135, 138; Binding Grdr. 147 („verkümmerter Zeuge").

[5]) So R. V, 784; Birkmeyer 335, 630; Glaser II, 520.

[6]) Löwe 3a zu § 243. Vgl. auch John I, 920; III, 66; Bennecke 381; Glaser I, 599; v. Kries 221, 233, 249, 541; Süss, Stellung der Parteien, 371.

bezeichnen [7]. Diese steht auf einer Linie mit der Zeugenaussage und kann sowenig wie letztere als das „Beweismittel" bezeichnet werden [8].

Für die Benutzung der Partei als Beweismittel kommt nichts darauf an, ob die Aussage zu Gunsten oder zu Ungunsten des Aussagenden lautet, im Gegensatz zum gemeinen Strafprozess, in dem einerseits die günstigen Aussagen des Beschuldigten völlig bedeutungslos waren, andererseits das Geständnis geradezu den Zielpunkt bildete, auf den hingearbeitet wurde. Psychologisch glaubhafter pflegt die zu Ungunsten lautende Aussage, das (*scil.* gerichtliche [9]) Geständnis zu sein [10], sei es nun das Eingeständnis sämtlicher, strafanspruchbegründender Thatsachen (Schuldbekenntnis [11]), sei es das Eingeständnis einzelner Thatsachen [12]. Allein dem Grundsatze der freien Beweiswürdigung [13] zufolge kann das Gericht sowohl dem Geständnis den Glauben versagen [14], wie auch den zu Gunsten des Aussagenden lautenden Aussagen Glauben schenken [15]. Dem zu Gunsten des Aussagenden lautenden Vorbringen wird das Gericht namentlich dann glauben können, wenn es den guten Leumund des Aussagenden durch Leumundszeugen (gewissermassen den germanischen Eideshelfern entsprechend) festgestellt hat [16].

Eine Verpflichtung der Parteien, sich als persönliche [17] Beweismittel benutzen zu lassen, besteht nicht. Insonderheit ist der Beschuldigte in keiner Weise zur Aussage verpflichtet. Er kann auf Fragen jede Antwort weigern; deshalb ist er stets nur zu befragen, „ob" er etwas auf die Beschuldigung erwidern wolle (St.P.O. § 136), nicht: „was" er erwidern wolle [18]. Ein behördlich gegen ihn geübter Zwang

---

[7] Was unter den Neueren z. B. Birkmeyer 335, 406 thut, der überdies mit Gneist, Bildung der Geschworenengerichte 63, Stein, Urkundenprozess 94; Ullmann 378, das Geständnis den Indizien eingliedert. Gegen letztere Auffassung Wach, Vorträge, 2. Aufl. 203.

[8] Vgl. Bennecke 381.

[9] Das aussergerichtliche Geständniss gehört nicht hierher; es ist ein Indiz, oben S. 318.

[10] Geyer, H. H. I, 260 ff.

[11] Vgl. St P.O. §§ 211, 402.

[12] Vgl. St P.O. § 253; R. VI, 554; Glaser I, 605.

[13] Unten § 92, I.

[14] Gegensatz zum Civilprozess, wo das gerichtliche Geständnis Dispositionsakt ist.

[15] Vgl Glaser I, 604.

[16] Vgl. die vorstehend in Anm. 4 citierte Entscheidung des Obertribunals.

[17] Inwieweit der Beschuldigte sich die Benutzung seines Körpers als sächlichen Beweismittels gefallen lassen muss, darüber s. oben S. 336—337.

[18] Vgl. dazu Kronecker Z. VII, 420; v. Kries Z. IX, 22.

zur Aussage erscheint sogar strafbar unter dem Gesichtspunkte des § 343, event. des § 339 St.G.B. Dies beruht auf dem für das moderne Recht grundlegenden Gedanken, dass er als Partei verteidigungsberechtigt, dagegen nicht verpflichtet ist, zu seiner Überführung mitzuwirken.

Selbstverständlich ist dieses Nichtverpflichtetsein zum Geständnis nicht gleichbedeutend mit einem Recht, zu lügen [19]).

Dass der Beschuldigte und in gewissem Umfang auch der Privatkläger zum Erscheinen verpflichtet sind, hängt mit dem Beweisrecht nicht zusammen. Diese Pflicht trifft sie nicht in ihrer Eigenschaft als Beweismittel, sondern in ihrer Eigenschaft als Prozesssubjekte. Ganz entsprechend ist da, wo Vertretung der Partei zugelassen ist, immer nur an Vertretung in den Parteirechten, nicht an Vertretung in der Eigenschaft als Beweismittel zu denken. Der Vertreter kann im Strafprozess kein Geständniss ablegen [20]).

## § 92.

## d) Die Beweiswürdigung und die Konsequenzen der Beweisfrage-Entscheidung.

I. Ist die Beweisthätigkeit, die Beweisaufnahme, vor sich gegangen, so ist es Sache des Richters, sich Rechenschaft darüber abzulegen, ob der Beweis für die Thatsache erbracht ist oder nicht. Diese Thätigkeit ist eine an das bei der Beweisaufnahme Wahrgenommene anknüpfende Gedankenoperation, nicht mehr ein Teil der Beweisthätigkeit selbst [1]).

1. Das gemeine Recht stellte eine Reihe sogenannter gesetzlicher Beweisregeln (formales Beweisrecht) auf, durch die der Richter ein für alle Mal bindend angewiesen wurde. unter bestimmten prozessualen Voraussetzungen den Beweis für ganz *(probatio plena)* oder teilweise *(probatio semiplena major* oder *minor)* geführt oder nicht geführt anzusehen (zum Beispiel *probatio plena* durch *2 testes classici*). Die Darstellung dieser Beweisregeln wurde bezeichnet als positive und

---

[19]) Damit erledigen sich die Übertreibungen des Anonymus in Z. XVI, 396—397.

[20]) Dass im Civilprozess das Gegenteil gilt, ergiebt sich aus dem Umstande, dass dort das Geständnis Dispositionsakt ist.

[1]) So zutreffend Bennecke 299. Gegen ihn Birkmeyer 398, der im Zusammenhang damit bei der Auffassung verharrt, dass die Indizien Beweismittel seien (oben S. 333).

negative gesetzliche Beweistheorie[2]). Diese Regelung war ein Ausfluss der Scheu, den Richter allzu frei zu stellen, ein Ausfluss der Besorgnis vor richterlicher Willkür. Man erhob deshalb die Durchschnittserfahrung zur starren Satzung[3]).

Im Gegensatz dazu gilt heute im Strafprozess wie im Civilprozess der Grundsatz der freien Beweiswürdigung; ob bewiesen ist oder nicht, entscheidet in jedem einzelnen Falle der Richter selbst nach eigener freier Überzeugung, St.P.O. § 260. Diese Überzeugung kann natürlich nicht den Grad mathematischer Gewissheit erreichen. In menschlichen Dingen ist immer die Möglichkeit des Irrens zuzugeben, mag die subjektive Meinung von der Richtigkeit einer Thatsache auch felsenfest stehen. Überzeugung im Sinne des Prozessrechtes ist also nur die sogenannte juristische Gewissheit[4]). Sie ist vorhanden, wenn der Richter zu dem Ergebnis gelangt ist, die Thatsache sei wahr, soweit überhaupt in menschlichen Dingen von Gewissheit die Rede sein könne. Anderenfalls könnte höchstens derjenige Grad des Glaubens vorhanden sein, der zum Glaubhaftmachen[5]) genügt.

Die Erwägung, die den Richter bestimmt, eine Thatsache für wahr zu halten, einem Beweismittel zu trauen, nennt man den „Beweisgrund", *argumentum*[6]). Die Beweisgründe muss sich der Richter thunlichst klar vorzustellen suchen. Die Erlangung der Überzeugung soll keine dunkle instinktmässige, sondern eine ihrer Gründe bewusste sein. Muss der Richter doch sogar die Quintessenz dieser Gründe in Worte fassen, St.P.O. § 266. Insofern ist die Psychologie als eine wichtige Hülfswissenschaft des Strafprozessrechts zu bezeichnen[7]).

Rücksichtlich der Zeugen schreibt der § 68 Abs. 2 St.P.O. noch ausdrücklich vor, dass der Richter auf die Erforschung des Grun-

---

[2]) Vgl. z. B. CCC. Art. 23, 27—43, 62—68; Glaser I, 346 ff.; Geyer in H. H. I, 193 ff.

[3]) Vgl. Stein, Priv. Wissen, 33.

[4]) Vgl. Rupp, Beweis im Strafverfahren, 3—7; Stein, Priv. Wissen 29; Ullmann 321; Bennecke 292 und die dort Angeführten. Zu weit geht es jedoch, wenn Bennecke und ebenso Birkmeyer 396, 411, blosse „Wahrscheinlichkeit" genügen lassen will. Es muss die denkbar „höchste Wahrscheinlichkeit" gefordert werden.

[5]) Oben S. 321.

[6]) Glaser I, 345; Heusler, Archiv für civ. Praxis LXII, 214. Vgl. *argumentum rei praebet* („es liefert einen Beweisgrund" Heusler) in l. 32 *D. de serv. pr. urb.* VIII, 2.

[7]) Hierfür grundlegend das eingehende Werk von H. Gross, Kriminalpsychologen (1898). Vgl. auch Rupp, Beweis im Strafverfahren.

des, auf dem die Wissenschaft der Zeugen beruht, bedacht sein soll, eben um den Wert der Aussage ermessen zu können.

Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung gilt sowohl für die Bewertung jedes einzelnen Beweismittels, wie für die Bewertung der Gesamtheit der im Prozess vorgeführten Beweismittel in ihrem Zusammenwirken.

2. Die Beweiswürdigungsfreiheit erstreckt sich auch auf alle Arten von Beweismitteln.

So namentlich auf Zeugen: der Richter kann z. B. einer beschworenen Zeugenaussage den Glauben versagen und einer unbeeidigten glauben. Desgleichen kann der Richter ein sachverständiges Gutachten verwerfen und sich auf seine eigene bessere Sachkunde verlassen [8])

Ebenso frei steht der Richter den Aussagen des Beschuldigten, insbesondere dem Geständnis, gegenüber [9]). Im allgemeinen Prozess galt dagegen der *confessus pro convicto:* das frei abgelegte Geständnis schaffte unbedingten Beweis. Heute kann der Richter den Angaben des Beschuldigten misstrauen; er kann ihnen umgekehrt glauben auch ohne dass er daneben andere. die Aussage des Beschuldigten bestätigende Beweismittel benutzt hat [10]).

Die Beweiskraft der Urkunden endlich ist im Strafprozess im Gegensatz zum Civilprozes nicht gesetzlich genauer festgelegt; auch hier vielmehr entscheidet die *conviction intime* des Richters, gleichviel ob es sich um öffentliche oder private, mit Namensunterschrift versehene oder nicht damit versehene Urkunden handelt [11]).

3. Der freien Beweiswürdigung unterliegt ferner auch der Indizienbeweis, das heisst das Gericht hat sich nach eigener Überzeugung schlüssig zu machen, ob es aus einem Komplex von Indizien den Schluss auf die indizirte Thatsache als zweifellos ansehen will. Dabei wird aber niemals ein Indiz für sich allein genügen können, z. B. wird kein Richter aus der Thatsache, dass der Beschuldigte nach der That im Besitze von Geldmitteln gewesen ist, sofort schliessen, dass dies Geld gestohlen sein müsse, wohl aber kann man dies bei Hinzutreten anderer Indizien [12]). Dass dem Indizienbeweise hiernach eine gewisse Unsicherheit anhaftet, lässt sich nicht bestreiten. Sein Ausfall hängt ab von der psychischen Veranlagung des Richters, seiner

---

[8]) E. VII, 426.

[9]) Vgl. hierzu Heinze G.A. XXIV, 290 ff.; Glaser I, 604.

[10]) So die Praxis; übereinstimmend Löwe 2 zu § 243; Glaser I, 607; Bennecke 383; Geyer 678; v. Kries 405; Ullmann 378; im wesentlichen auch Fuchs H. H. II, 66. — A. M. Geyer H. H. I, 263; John I, 925; Birkmeyer 459, welche das Geständnis für sich allein nicht genügen lassen wollen (weil das Geständnis ein Indiz sei).

[11]) Eine Ausnahme vgl. nachstehend bei Anm. 14 und § 107.

[12]) Vgl. Rupp, Beweis im Strafverfahren, 80 ff.; Birkmeyer 456.

grösseren oder geringeren Skepsis, seiner grösseren oder geringeren Phantasie u. s. w. Allein auch der direkte Beweis ist nicht untrüglich, der Richter kann Wahrnehmungstäuschungen u. s. w. unterliegen, die Zeugen u. s. w. können bewusst oder unbewusst die Unwahrheit sagen, und am Ende ist überhaupt alles menschliche Forschen und Wissen unsicher. Deshalb wäre es ganz unangebracht, den Indizienbeweis etwa abzuschaffen[13]).

4. Eine Durchbrechung des Prinzips der freien Beweiswürdigung stellen die *praesumtiones juris* dar, vergleiche oben § 83 1a.

Beseitigt sind infolge des Prinzips der Würdigungsfreiheit dagegen die sogenannten *praesumtiones facti* oder *hominis*, d. h. „Vorschriften, nach welchen unter bestimmten Voraussetzungen eine Thatsache als mehr oder minder wahrscheinlich anzunehmen ist", wie E.C.P.O. § 14[3] definiert.

Eine fernere ganz singuläre Durchbrechung des Prinzips gilt für das Verfahren gegen abwesende Wehrpflichtflüchtige, insofern hier nach § 475 St.P.O. der Richter an die Erklärung der Kontrollbehörde (§ 472 St.P.O.) gebunden ist, wenn sich nicht Umstände ergeben haben, die dieser Erklärung entgegenstehen[14]). Hierin ist noch eine „Beweisregel" zu finden.

II. Nur wenn klar bewiesen[15]) (eventuell auf Grund ergänzender Präsumtionen anzunehmen) ist, dass alle für das Bestehen eines Strafanspruchs unerlässlichen Thatsachen (Verbrechensthatbestand mit seinen allgemeinen Merkmalen: Handlung, Kausalzusammenhang u. s. w., und mit seinen besonderen Thatbestandmerkmalen: Tödtung eines Menschen u. s. w.) vorliegen, und dass Thatsachen nicht vorliegen, die einen irgendwie in Frage kommenden Unrechtsausschliessungsgrund, Schuldausschliessungsgrund, Strafausschliessungsgrund u. s. w. begründen würden, ergeht Verurteilung.

Jeder nicht behobene Zweifel an einer dieser relevanten Thatsachen führt zur Freisprechung: *In dubio pro reo*[16]).

---

[13]) Vgl. Anonymus in Z. XVI, 390.

[14]) Für die Erforschung der prozessual erheblichen Thatsachen gilt im Effekt ebenfalls Würdigungsfreiheit, vgl. oben S. 320 bei Anm. 31, Bennecke 296, doch giebt es auch hier eine Ausnahme: St.P.O. § 274, vgl. unten § 107.

[15]) Soweit in menschlichen Dingen von einer jeden Zweifel ausschliessenden Gewissheit die Rede sein kann — oben I.

[16]) Im Gegensatz dazu kannte der gemeinrechtliche Prozess eine Mittelstufe zwischen voller Verurteilung und voller Freisprechung, die sogenannte Verdachtsstrafe, die nicht die Höhe der *poena ordinaria* erreichte und dann verhängt wurde, wenn der Schuldbeweis nicht voll, aber doch mit einiger Wahrscheinlichkeit, geführt war.

Dies gilt namentlich auch für jeden Zweifel über Umstände, die das Nichtvorhandensein eines Strafanspruchs bewirken würden: eine der wichtigsten Konsequenzen des Satzes, dass es im Strafprozess keine formelle Beweislastverteilung giebt[17]). Besteht also bei dem Gericht auch nur der leiseste ernsthafte Zweifel darüber z. B., ob der Angeklagte in Notwehr gehandelt hat, oder ob er nach der That strafaufhebende thätige Reue entfaltet hat, so ist nicht etwa zu sagen: es sei dieser negative Umstand nicht erwiesen, und es sei somit zu verurteilen[18]); vielmehr ist Freisprechung geboten[19]).

Das vorstehend Ausgeführte wird vielfach auch so ausgedrückt: im Strafprozess falle die „materielle Beweislast" dem Kläger zu, nicht dem Beklagten[20]). In diesem Sinne trägt also der Kläger die „Beweislast" auch insoweit, als es sich um anspruchverneinende Umstände handelt: er dringt mit der Klage nur dann durch, wenn positiv festgestellt wird, dass Unrechtsausschliessungsgründe, Schuldausschliessungsgründe, Strafausschliessungsgründe u. s. w. nicht vorliegen[21]).

Nur hinsichtlich der durch eine Präsumtion oder eine Beweisregel gedeckten Umstände kann man von einer dem Beschuldigten obliegenden materiellen Beweislast sprechen. Ist gegen die Präsumtion vergeblich angekämpft worden, hat sich nicht klar ergeben, dass sie im konkreten Falle unzutreffend ist, so ist der Zweifel eben im Sinne der Präsumtion zu entscheiden: der Beschuldigte ist beweisfällig geblieben.

So muss z. B. der wegen Obdachlosigkeit St.G.B. § 361[8] Angeklagte verurteilt werden, wenn unklar bleibt, ob er sich in der ihm gesteckten Frist um Unterkommen

---

Reichte der erbrachte Beweis selbst dazu nicht hin, so erfolgte „Entbindung von der Instanz", *absolutio ab instantia*, der Angeklagte wurde nur einstweilen aus dem Prozess entlassen. Heute sind sowohl die Verdachtsstrafe, wie auch die Entbindung von der Instanz unstatthaft.

[17]) Oben § 84 II.

[18]) Im Civilprozess, etwa in einem Schadensersatzprozess, würde diese Deduktion zutreffen. Es kann also vorkommen, dass ein und derselbe Thäter auf Grund ganz gleichen Beweisergebnisses im Civilprozess verurteilt, im Strafprozess freigesprochen wird.

[19]) Vgl. Spohr, Das Bew.-Inter. in Strafsachen, Giessener Diss. (1894) bes. 32.

[20]) Glaser I, 364; Lehre vom Beweis 88; v. Kries 341. Spohr, a. a. O. 21. setzt dafür den Ausdruck: „Beweisinteresse" ein

[21]) Ganz unrichtig Glaser I, 364, Lehre vom Beweis 90, v. Kries 447, 341, die dem Beschuldigten bei den Strafaufhebungsgründen die materielle Beweislast zuweisen. Vgl. gegen Glaser: Spohr 30. Unrichtig auch Frank I, 1 zu § 182 St.G.B., der zur Freisprechung aus § 182 St.G.B. den Beweis der Bescholtenheit des verführten Mädchens verlangt, dessen Bezugnahme hierfür auf R. IV, 468 aber nicht zutrifft.

bemüht hat[22]). Das Gleiche ist zu sagen von der Entkräftung des § 475 St.P.O.[23]): ist die Erklärung der Kontrollbehörde aus § 472 abgegeben, so erfolgt eine Verurteilung, es wäre denn, dass deutlich der Nachweis erbracht ist, dass an dem Verbrechensthatbestande etwas fehlt[24]).

### 2. Entscheidungen.

### a) Prozesserledigende Entscheidungen.

#### α. Urteile.

#### § 93.

#### *1. Begriff und Voraussetzungen.*

I. Urteil, Erkenntnis (*neutrum*) ist der in einem anhängigem Strafverfahren gethane Ausspruch, durch den das Gericht über das Bestehen (und die Grösse) oder Nichtbestehen des Strafanspruchs und der etwaigen mitanhängigen Ansprüche anderer Art[1]) entscheidet.

Die Urteile im Strafprozess sind, wie sich aus vorstehender Begriffsbestimmung ergiebt, grundsätzlich „Sachurteile", Entscheidungen zur Sache selbst.

„Formalurteile", Entscheidungen, die das Bestehen oder Nichtbestehen des Prozessverhältnisses entscheiden, sind der St.P.O. im Prinzip unbekannt[2]).

Selbstverständlich hat aber das Gericht in allen Fällen, in denen es den Strafanspruch prüfen zu sollen in die Lage kommt, auch, und zwar sogar in erster Reihe, das Prozessverhältnis zu prüfen, und sich, wenn dieses nicht in Ordnung befunden wird, jeder Prüfung des Strafanspruchs zu enthalten; denn ist das Prozessverhältnis fehlerhaft, so ist natürlich eine in dem fehlerhaften Prozesse ergangene Entscheidung über den Strafanspruch wertlos. Das Gericht kann gar nicht auf die Sache selbst eingehen, wenn das Gebäude, das das Urteil tragen soll, hinfällig ist. Dies gilt auch dann, wenn das Gericht glaubt, dass der Angeklagte z. B. gar nicht der Schuldige sei, oder dass die That unter kein Strafgesetz falle, und

---

[22]) Frank VIII, 4 zu § 361⁸ St.G.B.

[23]) Oben I bei Anm. 14.

[24]) Insofern richtig R. IX, 628, das aber anscheinend für § 140 St.G.B. überhaupt, auch abgesehen vom Absenzverfahren, den Satz aufstellen will, dass für den Mangel der Staatsangehörigkeit der Angeklagte die materielle Beweislast trage. Hiergegen mit Recht Frank II zu § 140 St.G.B.

[1]) Oben § 61 II.

[2]) Ausnahmen s. sogleich.

dergleichen; würde das Gericht hier, obwohl es gleichzeitig das Fehlen einer Prozessvoraussetzung bemerkt, freisprechen, so würde es sein Urteil auf Sand bauen[3]).

Besonders deutlich tritt dies hervor beim Fehlen der Zuständigkeit; das unzuständige Gericht kann nichts weiter thun, als das Verfahren formell als unstatthaft deklarieren, selbst wenn es fest überzeugt ist, dass das zuständige Gericht zu einer Freisprechung gelangen wird[4]). Ebenso sind aber alle anderen Prozessmängel zu behandeln. Erkennt das Gericht z. B. bei einem Antragsdelikt, dass der Antrag fehlt, so darf es ja nicht etwa, wenn es den Angeklagten für materiellrechtlich exculpiert erachtet, freisprechen. Zu einer Prüfung der Sache selbst fehlt ihm, weil das Prozessverhältnis mangelhaft ist, jede Möglichkeit. Aus diesem Grunde ist es auch unlogisch, wenn die Praxis die Einstellung des Verfahrens wegen mangelnden Strafantrages damit motiviert, dass 1. festgestellt sei, dass der Angeklagte am pp. in pp. die That pp. begangen habe; 2. ein Strafantrag fehle. Die Feststellung zu 1 ist wertlos; sie kann von dem Gericht gar nicht getroffen werden. Das Gericht hat sich lediglich auf den Ausspruch zu beschränken, dass ein Antragsdelikt in Frage stehe. Folgerichtig ist im Schwurgerichtsverfahren eine Fragestellung an die Geschworenen, ob der Angeklagte eines Antragsdelikts schuldig sei, unstatthaft, wenn der Gerichtshof den erforderlichen Strafantrag für nicht vorhanden erachtet[5]).

II. Das vorstehend Ausgeführte lässt sich auch dahin ausdrücken: Das Vorhandensein eines gültigen Prozessverhältnisses ist Urteilsvoraussetzung[6]). Es wirken somit zunächst sämtliche allgemeinen Prozessvoraussetzungen, deren Fehlen das Zustandekommen eines Prozessverhältnisses verhindert (Zulässigkeit des Strafrechtsweges, Zuständigkeit, Antrag), auch auf das Urteil hinüber[7]), d. h. bei Fehlen einer dieser Voraussetzungen kommt es nicht zu einem

---

[3]) Übereinstimmend v. Risch G.S. 1884, 258; Bennecke 557 bei Anm. 8. Zu Unrecht wollen Glaser II, 56 Anm. 19, Eisler in Grünhuts Ztschr. XVII, 621 diesen Satz einschränken.

[4]) Genaueres nachstehend II.

[5]) Unten § 124 im Anfang.

[6]) Der Begriff der Urteilsvoraussetzung ist aufgestellt von Binding Grdr. 256; *ex professo* erörtert von v. Kries Z. V, 32 ff., vgl. Ullmann 467, Ötker, Konkursrechtliche Grundbegriffe I, 46, Bennecke 552, oben 14. Angefochten wird der Begriff von Birkmeyer 565.

[7]) Vgl. oben § 77 II 2, 3. Eisler in Grünhuts Ztschr. XVII, 619, 639; v. Kries Z. V, 31 ff.

Urteil, sondern das Verfahren bleibt in einer Formalentscheidung, einem Beschluss, stecken. Hiervon giebt es allerdings Ausnahmen: es giebt allgemeine Prozessvoraussetzungen, die nicht auch Urteilsvoraussetzungen sind, sodass es also trotz ihres Fehlens zu einem Urteil kommt. Zwei Klassen solcher Ausnahmen sind zu unterscheiden:

1. Es giebt Prozessvoraussetzungen, die z. Z. des Urteils ihre Rolle völlig ausgespielt haben.

Hierher gehört die örtliche Zuständigkeit nach Massgabe des § 18 St.P.O[8]). Ferner ist die sachliche Zuständigkeit nur in der Richtung nach oben hin Urteilsvoraussetzung[9]). Denn § 269 St.P.O. bestimmt ausdrücklich:

„Das Gericht darf sich (*scil.* nachdem die Strafsache zur Hauptverhandlung gediehen ist) nicht für unzuständig erklären, weil die Sache vor ein Gericht niederer Ordnung gehöre."

Die sachliche Zuständigkeit in der Richtung nach unten hört also mit dem Moment auf, Prozessvoraussetzung zu sein, in dem die Hauptverhandlung beginnt, sie ist keine Urteilsvoraussetzung mehr. Dagegen darf das Gericht allerdings kein Urteil fällen über eine zur Zuständigkeit eines Gerichts höherer Ordnung gehörige Sache, § 270 St.P.O. Dabei ist völlig gleichgültig, ob das betreffende Gericht selbst oder ein höheres Gericht das Hauptverfahren eröffnet hatte[10]). Hatte die Strafkammer bei der Eröffnung die Sache dem Schöffengericht überwiesen, so ist der Fall der Unzuständigkeit des Schöffengerichts dann gegeben, wenn die Überweisung unzulässig war[11]), nicht aber dann, wenn sie nur inopportun war.

Ob nun die konkrete Strafsache zur Zuständigkeit eines Gerichts höherer Ordnung gehört, ist freilich nicht vom Standpunkt eines Allwissenden aus zu bemessen, sondern nur im Sinne der jeweiligen prozessualen Sachlage. Massgebend ist dafür zunächst die Qualifikation der That, wie sie in der Anklage oder im Eröffnungsbeschluss ausgesprochen ist. Nennt bereits einer dieser Akte eine That, die an Schwere die Zuständigkeit des Gerichts überschreitet[12]), so muss das

---

[8]) Oben § 32.

[9]) v. Kries Z. V, 31.

[10]) Vgl. dazu unten § 114, Bennecke 501 Anm. 18.

[11]) Bennecke 500.

[12]) Z. B. es ist vor dem Schöffengericht „wegen schwerer Sachbeschädigung (St.G.B. § 304)" eröffnet, — denn auch diejenigen Sachen überschreiten die Zuständigkeit des Schöffengerichts, in denen eine Überweisung an letzteres (§ 75 G.V.G.) zulässig, aber nicht erfolgt ist.

Gericht sich der Urteilsfällung unbedingt enthalten. Sodann aber erlischt die sachliche Zuständigkeit mit dem Augenblicke, in dem das Gericht hinreichenden Verdacht einer schwereren Qualifikation, als der — die Zuständigkeit bisher rechtfertigenden — bisherigen Qualifikation der That feststellt. Denn nach § 270 St.P.O.[13]) hat das Gericht bei der Unzuständigkeitserklärung die Sache an das zuständige Gericht zu verweisen durch einen Beschluss, der den Erfordernissen eines Eröffnungsbeschlusses entsprechen, mithin auch hinreichenden Verdacht der That unter dem Gesichtspunkt der höheren Qualifikation feststellen muss[14]).

In gewissem Sinne hat sonach das Gericht auch über Strafsachen höherer Ordnung Zuständigkeit, insoweit nämlich, als sich die Zugehörigkeit vor das höhere Gericht weder aus der Anklage- und Eröffnungsformel ergeben, noch nachher dafür „hinreichender Verdacht" herausgestellt hat, also, wie man sagen kann, über die latente unausgesprochene Qualifikation der That.

Hat z. B. das Schöffengericht eine Strafsache „wegen unbefugten Schiessens" abzuurteilen, so ist die Gültigkeit des Urteils ganz ausser Frage, auch wenn sich später die That als Mord herausstellt[15]).

Ebensowenig würde das Gericht niederer Ordnung an der Urteilsfällung gehindert sein, wenn sich herausstellt, dass zwar die in Rede stehende That an sich die Zuständigkeit überschreitet, aber der Angeklagte nicht der Thäter ist. Er wäre dann freizusprechen[16]), denn dann fehlt der „hinreichende Verdacht", zu dessen Prüfung ja das Gericht niederer Ordnung Vollmacht hat.

2. Gewisse Prozessvoraussetzungen haben zwar auch noch z. Z. des Urteils sachlich volle Wirksamkeit, sodass ihr Fehlen das Gericht hindert, auf die Sache selbst einzugehen; aber statt dass der Regel gemäss ihr Fehlen zu einem blossen Beschlusse führte, will das Gesetz hier die Formalentscheidung in Urteilsform gekleidet wissen. Diese Prozessvoraussetzungen sind also zwar Sachurteilsvoraussetzungen, aber nicht Formalurteilsvoraussetzungen[17]).

---

[13]) Darüber Näheres unten § 122.

[14]) Zu viel verlangt Bischoff G.A. XLIV, 83, wenn er „Überzeugung" des Gerichts (statt „hinreichenden Verdacht") verlangt, im übrigen sind seine Ausführungen durchaus zutreffend.

[15]) Dies wird von Wichtigkeit für die Lehre von der Rechtskraft.

[16]) Glaser II, 572ff.; Hellweg bei Löwe 4 zu § 270; Hamm, Das Recht III, 25; Thilo 6, Keller 5, 6; v. Schwarze 2b zu § 270, die allerdings zum Teil unrichtig „Ausserverfolgungsetzung" des Angeklagten ausgesprochen wissen wollen. Gut Bischoff G.A. XLIV, 81ff. Vgl. hierzu auch das unten § 95 über die Freisprechung Ausgeführte. A. M. Bennecke 553 Anm. 29; Löwe a. a. O., E. III, 70, R. II, 571; Stenglein 4; Dalcke 3, Puchelt 4 zu § 270; Voitus, Kontr. I, 310; v. Kries 582.

[17]) Ganz anders Birkmeyer 567, zum Teil in Verbindung mit seiner Auffassung von der materiellrechtlichen Natur des Strafantrages.

Zu diesen Prozessvoraussetzungen gehört:

a) der Strafantrag. Sein Fehlen führt zu einem Einstellungsurteil, St.P.O. § 259 Abs. 2[18]).

§ 259 Abs. 2 wird übrigens analog auf das Fehlen der „Ermächtigung" zu beziehen sein[19]).

b) Die Privatklagefähigkeit des Straffalles im Privatklageverfahren; ihr Fehlen führt ebenfalls zu einem Einstellungsurteile, § 429 St.P.O.

c) Die Polizeifähigkeit des Straffalles im Verfahren nach polizeilicher Strafverfügung. Fehlte es der Polizei daran, so hat das Gericht die übergreifende Polizeiverfügung durch Urteil aufzuheben, ohne in der Sache selbst zu entscheiden, § 458 St.P.O.

Gegenüber diesen Ausnahmen ist aber daran festzuhalten, dass andere Formalurteile erster Instanz der St.P.O. nicht bekannt sind, insbesondere nicht ein Urteil auf Unzulässigkeit der Strafklage oder der Strafverfolgung[20]). Ein solches Urteil verbietet sich schon im Hinblick auf das „nur" in § 259 St.P.O. Für ein solches liegt aber auch gar kein Bedürfnis vor. Liegt nämlich wirklich Unzulässigkeit der Strafverfolgung (oder der Strafklage) vor, so ist ein Beschluss die von der St.P.O. gewollte Form[21]). Mitunter wird die sogenannte Unzulässigkeit der Strafverfolgung aber auch bezogen auf Fälle, in denen in Wahrheit der Prozess in Ordnung ist, aber ein Strafanspruch negiert wird; hier ist selbstverständlich ein freisprechendes Urteil zu erlassen[22]).

---

[18]) Diese Ausnahme von der Regel, dass das Fehlen einer Prozessvoraussetzung einen Einstellungsbeschluss nach sich zieht, ist durch die Reichstagskommission in das Gesetz hineingekommen. Es wurde geltend gemacht die angeblich unpassende Ungleichheit in der Anfechtbarkeit einer das Vorliegen des Strafantrags bejahenden (oder seine Notwendigkeit verneinenden) und einer ihn unter Feststellung seiner Notwendigkeit verneinenden Entscheidung, — eine Ungleichheit, die sich ergebe, wenn die letztere Entscheidung durch Beschluss, die erstere durch Urteil ergehe, insofern nämlich jener durch Beschwerde, dieses durch Berufung oder Revision anfechtbar sei. Diese Erwägung ist an sich richtig, aber die Ungleichheit ist tief im Wesen des Prozesses begründet. Die gleiche Argumentation trifft auf jede Prozessvoraussetzung zu. Die Sonderbehandlung des Antrags beruht auf Kurzsichtigkeit.

[19]) So Binding I, 613 Anm. 11. A. M. Bennecke 14 Anm. 7, der in Anwendung der allgemeinen Regel bei Fehlen der Ermächtigung einen Einstellungsbeschluss gefasst wissen will.

[20]) Wie es z. B. behauptet wird von Löwe 4 zu § 259; E. VII, 355, IX, 14; Meves G.A. XXXVII, 117; Olshausen 13 zu § 55 u. s. w. Vgl. dagegen Birkmeyer 668.

[21]) Z. B. Einstellung wegen *res judicata*. Bennecke 559.

[22]) Beispiele: Die That ist als Auslandsthat nach § 4 St.G.B. nicht strafbar (Bennecke 559 will hier unzutreffend einen Einstellungsbeschluss); der jetzt über 12jährige Thäter hatte z. Z. der That das 12. Lebensjahr noch nicht erreicht (richtig

III. Andererseits giebt es Urteilsvoraussetzungen, die nicht auch allgemeine Prozessvoraussetzungen sind, sogenannte spezifische Urteilsvoraussetzungen. Begriffswesentliches Merkmal eines Urteils ist nämlich ferner, dass es sich in das einmal begründete Prozessverhältnis an der richtigen Stelle eingliedert. Es erscheinen deshalb als solche besondere Urteilsvoraussetzungen:

1. (wenigstens grundsätzlich) die formgerechte Anklageerhebung und der formgerechte Eröffnungsbeschluss[23]). Ein Urteil, das ohne solche erginge, z. B. ein Urteil, das einen Zeugen statt des Angeklagten verurteilte, wäre nichtig[24]). Auf die materielle Richtigkeit oder Unrichtigkeit des Eröffnungsbeschlusses kommt es natürlich nicht an. Auch der materiell unrichtige Eröffnungsbeschluss genügt, wenn er formgerecht gefasst ist, als Urteilsvoraussetzung[25]).

Nur in den Fällen der §§ 211, 265 St.P.O. fällt der Eröffnungsbeschluss als Urteilsvoraussetzung hinweg.

2. Das Vorangegangensein einer mündlichen Verhandlung in Anwesenheit des Angeklagten und der sonstigen Personen, deren Anwesenheit das Gesetz vorschreibt[26]). Nur ausnahmsweise ist ein Urteil ohne Anwesenheit des Angeklagten (St.P.O. §§ 230, 318, 427, 431) oder gar ohne Hauptverhandlung (St.P.O. § 411) zugelassen.

3. Ordnungsmässige Besetzung des urteilenden Gerichts[27]).

Dagegen kann die „Spruchreife“ als begriffswesentliches Merkmal eines Urteils nicht gelten. Ein Gericht darf zwar kein Urteil erlassen, wenn die Sache noch nicht spruchreif ist, würde es dies aber doch thun, so läge gleichwohl ein „Urteil“ vor, nur könnte unter Umständen durch ein Rechtsmittel Abhülfe erzielt werden.

## § 94.

### *2. Das Zustandekommen des Urteils.*

Ist zur Urteilsfällung ein Einzelrichter berufen, (Amtsgericht), so kommt das Urteil vermittelst eines rein innerlichen Denk-

---

Glaser II, 545; Bennecke 559); der Strafanspruch ist verjährt (richtig Binding I, 831; Glaser II, 545; v. Kries Z. V, 12; Keller 8 zu § 259; Bennecke 559; R. IV, 597; E. XII, 434; dagegen Löwe 4; Stenglein 2 zu § 259; John III, 321 (für Urteil auf Unzulässigkeitserklärung); Puchelt 3, Dalcke 4 zu § 259, Olshausen 8b zu § 66 St.G.B.; v. Risch G.S. XXXVI, 261, Z. IX, 254, 269 (für Einstellungsurteil). S. unten § 95.

[23]) v. Kries Z. V, 33 ff., der jedoch S. 31 die Anklageerhebung nicht als Urteilsvoraussetzung anerkennt.

[24]) Oben S. 294 Z. 2.

[25]) v. Kries a. a. O.

[26]) v. Kries Z. V, 38; Bennecke 553; Binding, Grdr. 256.

[27]) v. Kries Z. V, 39; Binding, Grdr. 256.

prozesses zu Stande. Handelt es sich dagegen um das Urteil **eines Kollegiums**, so muss

a) der Denkprozess der einzelnen Richter durch Gedankenaustausch vergemeinschaftet werden, „Beratung" — und

b) der Urteilswille der einzelnen Richter geäussert werden — „Abstimmung" — und

c) auf Grund der Abstimmung der Wille des Kollegiums als Ganzen festgestellt werden, ein Vorgang, den man etwa als „Ergebnisfeststellung" bezeichnen kann.

I. Bei der Urteilsbildung ad a—c dürfen nur die gesetzlich berufenen Richter und zwar nur in der gesetzlich bestimmten Zahl, nicht mehr und nicht weniger, „mitwirken"[1]), G.V.G. § 194, Abs. 1.

Wird also einer der zur Mitwirkung berufenen Richter nach durchgeführter Verhandlung unpässlich oder stirbt er u. dergl., so ist damit die Urteilsfällung vereitelt, es muss eine neue Hauptverhandlung stattfinden, selbst in dem Falle, wenn etwa zufällig der Vertreter des weggefallenen Richters als Zuhörer der ganzen Verhandlung beigewohnt haben sollte. Denn ein Richter „soll die ganze Verhandlung mit dem Bewusstsein verfolgt haben, dass er vielleicht zur Mitentscheidung berufen ist"[2]). Um aber einer solchen Weiterung vorzubeugen, lässt G.V.G. § 194 Abs. 2 und 3 die Zuziehung von **Ergänzungsrichtern** (mit Einschluss von Ergänzungsschöffen und Ergänzungsgeschworenen) zu, wenn es sich um Verhandlungen von längerer Dauer handelt, und zwar entscheidet über diese Zuziehung das Ermessen des Vorsitzenden.

Die Person der zur Ergänzung Zuzuziehenden richtet sich bezüglich der Berufsrichter nach G.V.G. §§ 62, 63, 66, 121, 133[3]); bezüglich der Schöffen nach G.V.G. § 49; bezüglich der Geschworenen nach St.P.O. § 285.

Werden Ergänzungsrichter zugezogen, so haben sie der Verhandlung von Anbeginn an beizuwohnen. Ereignet sich kein Fall der Verhinderung, so beschränkt sich ihre Funktion auf dieses Gegenwärtigsein, insbesondere dürfen sie dann auch nicht der Beratung anwohnen, G.V.G. § 195. Anderenfalls treten sie in die Lücke als Richter ein, gleichviel, ob die Verhinderung eines Richters sich während der Verhandlung oder nachher ereignet.

---

[1]) Dagegen können im Vorbereitungsdienst stehende Juristen „zugegen sein", G.V.G. § 195, oben S. 265; sie können auch veranlasst werden, ihre Meinung zu äussern, ohne dass hierin eine Teilnahme an der Beratung läge.

[2]) **Bennecke** 420.

[3]) **Keller** 5; **Stenglein** 4 zu § 194. **A. M. v. Kries** 147; **Löwe** 8 zu § 194.

Die zur Mitwirkung berufenen Richter müssen sämtlich mitstimmen. Stimmenenthaltung ist unzulässig, auch in dem Falle, dass ein Richter bei einer vorangegangenen Frage überstimmt worden ist. G.V.G. § 197.

II. Die Beratung wird geleitet vom Vorsitzenden, der auch die Fragen stellt und die Stimmen sammelt, so zwar, dass Meinungsverschiedenheiten über Fragestellung u. s. w. vom Gericht entschieden werden, G.V.G. § 196.

Keine ausdrückliche Anordnung trifft das Gesetz über die Methode der Abstimmung[4]). Es ist deshalb nicht unstreitig, ob sogenannte Totalabstimmung (Abstimmung nach dem Endergebnis) oder Abstimmung nach Gründen stattzufinden habe[5]). Als Totalabstimmung wird bezeichnet die Methode, bei der der gesamte Beratungsstoff zum Behufe der Abstimmung in eine umfassende Frage zusammengedrängt wird; Abstimmung nach Gründen dagegen liegt vor, wenn successive über jedes einzelne Element der Urteilsfällung getrennt Punkt für Punkt abgestimmt wird, z. B. über Nothwehr, Zurechnungsfähigkeit u. s. w.

Hierbei dürfen aber Abstimmung und Debatte nicht verwechselt werden. Die Debatte muss sich selbstverständlich gliedern nach den einzelnen zweifelhaften Punkten[6]). Fraglich ist nur, ob nach allseitigem Meinungsaustausch gegliederte oder konzentrierte Stimmabgabe stattfindet.

Die praktische Bedeutung der Streitfrage zeigt sich an folgendem Beispiel: Der taubstumme X ist wegen Körperverletzung angeklagt. Von den 5 Richtern der Strafkammer nimmt A an, dass X nicht der Thäter war; B ist der Meinung, X habe in Notwehr gehandelt; C hält für zweifelhaft, ob nicht X bei der That sinnlos trunken war; D hat aus der Verhandlung das Bild gewonnen, dass X infolge unwiderstehlichen Zwanges gehandelt hat, während E die nach § 58 St.G.B. erforderliche

---

[4]) Vgl. Mot. 96; Prot. 47. — Dogmengeschichtliches s. bei Heinemann Z. XV, 3 ff.

[5]) Abstimmung nach Gründen fordern Binding, Grdr. 162; Löwe 3b zu § 196 G.V.G. (doch mit wesentlicher Abschwächung, insbesondere soll über die Schuldfrage Totalabstimmung Platz greifen); Ortloff G.A. IX, 372 ff.; Mittermaier, Archiv des Kriminalrechts N. F. 1844, 312 ff. Für Totalabstimmung sprechen sich besonders aus v. Bar, Recht und Beweis im Geschworenengericht 313 ff.; Krit. Vjschr. X, 468 ff.; Heinemann Z. XV, 23 ff.; bezüglich der Schuldfrage auch Löwe a. a. O. 3c.; Reichsgericht E. I, 380; V, 404; VIII, 218; R. III, 797; IV, 198. Bennecke 422 will alles dem einzelnen Falle überlassen. Hiergegen mit Recht Ötker 612. Dunkel Facilides Z. XVI, 790 ff.

[6]) v. Kries 446.

„Einsicht“ des taubstummen X verneint. Bei Totalabstimmung würde Einigkeit darüber herrschen, dass Bestrafung unmöglich ist, somit würde Freisprechung erfolgen. Bei Abstimmung nach Gründen dagegen würde zunächst die Identität des Thäters mit dem Beschuldigten mit 4 Stimmen gegen 1 bejaht werden, in gleicher Weise sodann das Vorliegen einer „Handlung“, der „Rechtswidrigkeit“ und der „Zurechnungsfähigkeit‘ einschliesslich der „Einsicht“; da somit sämtliche auf eine Freisprechung hindrängenden Gründe von der jeweiligen Majorität verworfen wären, bliebe nur die Konsequenz übrig, dass der Angeklagte verurteilt würde.

Dieses Beispiel zeigt zugleich, dass die Abstimmung nach Gründen zu einem widersinnigen Resultate führt und deshalb nicht richtig sein kann. Freilich würde auch die Totalabstimmung zu einer gewissen Schwierigkeit führen: das einheitlich gefundene Urteil würde nicht einheitlich begründet werden können[7]. Aber es liegt auf der Hand, dass zwar der Denkprozess eines Einzelnen nur einheitlich vor sich gehen kann, dass dagegen die Willensbildung im Kollegium mit der Vielheit der Köpfe unharmonisch werden kann; und es kann daher nur die Einigung über das „ob“, nicht Einigung über das „warum“ gefordert werden. Auch in den Angelegenheiten des täglichen Lebens gilt dieser Satz. Beratschlagen z. B. 3 mit einander wandernde Freunde, ob sie einen Berggipfel besteigen wollen, und hält der erste die Besteigung für zu schwierig, der zweite für nicht lohnend, während der dritte dem Wetter nicht traut, und jeder die Auffassung des anderen bekämpft, so ist doch sicher das Ergebnis das, dass die Besteigung unterbleiben wird[8].

Richtig ist dagegen, dass man mit der Totalabstimmung, wenn man sie mechanisch auffasst, nicht immer zum Ziele gelangt. Steht z. B. X wegen Mundraubs vor der Strafkammer in der Berufungsinstanz, und hält von den 3 Richtern der eine den Strafantrag für nicht fristgerecht gestellt, will also das Verfahren einstellen, während der zweite verurteilen, der dritte freisprechen will, so gelangt man mit einer einheitlichen Fragestellung überhaupt zu keinem Resultat.

---

[7]) Unter Hinweis auf St.P.O. § 266 wird deshalb mitunter in gewissem Umfange Abstimmung nach Gründen gefordert. So Bennecke 422 Anm. 36; Binding Grdr. 163. Vgl. aber Heinemann Z. XV, 242.

[8]) Vgl. auch Zacke, Über Beschlussfassung in Versammlungen und Kollegien (1867) 79 ff. — Die Einwendungen Heinemanns (Z. XV, 27) gegen derartige Parallelen sind nicht durchgreifend.

Den Schlüssel für die Entscheidung der Streitfrage[9]) giebt die Erwägung, dass die Abstimmung gar nichts anderes ist, als die Konkretisierung der Entscheidung selbst, und nicht etwa bloss ein die Entscheidung vorbereitender Akt. Das Gericht entscheidet mittels der Abstimmung, nicht auf Grund derselben. Daraus ergiebt sich, dass die Abstimmung auf die Entscheidung selbst mit ihrem gesamten Inhalt abzustellen ist, nicht auf einzelne motivierende Erwägungen. Sie muss so eingerichtet werden, dass die Antwort im Falle der Bejahung eine fertige Urteilsformel enthält. Es ist zu fragen „Sollen wir folgendermassen entscheiden: u. s. w.".

Unzulässig ist mithin eine Sonderabstimmung über abstrakte Rechtsfragen[10]) und zwar auch in der Revisionsinstanz[11]), eine Sonderabstimmung über die Beweisfrage[12]), über das „Ob" der Strafbarkeit[13]), über die einzelnen Elemente eines Vorganges, über die einzelnen Begriffsmerkmale einer strafbaren Handlung überhaupt und einer Verbrechensspezies im Besonderen[14]), über das Vorliegen eines Strafausschliessungsgrundes oder eines Strafaufhebungsgrundes[15]), über das Vorliegen einer zweiten Bedingung der Strafbarkeit[16]). Unzulässig ist ferner eine Sonderabstimmung über einzelne Prozessvoraussetzungen[17]).

Das Vorausgeführte weist aber darauf hin, dass die Totalabstimmung nicht in dem mechanischen Sinne gehandhabt werden darf, als ob immer nur eine Abstimmungsfrage zu stellen wäre. Das „total" ist intensiv, nicht extensiv zu verstehen. Es verhindert nur eine Zerreissung der Formel, über die abgestimmt wird, nach Gründen, nicht eine Häufung der Fragen[18]). Denn genau ebenso, wie die Entscheidung verschiedenen Inhalt haben kann, so muss auch unter Umständen die Abstimmung auf die verschiedenen möglichen Urteilsformeln abgestellt werden,

---

[9]) Nicht tief genug greift die Argumentation v. Kries 441: zur Bejahung der Schuldfrage bedürfe es der kumulativen Feststellung sämtlicher Thatbestandsmerkmale, die bei Abstimmung nach Gründen nicht erzielt werde. Das ist ganz richtig, hat aber nur für die Schuldfrage Bedeutung, während unbedingt ein allgemeines Prinzip aufgesucht werden muss.

[10]) Ebenso Heinemann Z. XV, 78; Friedmann, Grünhuts Z. XXIII, 592. A. M. v. Kries 450; Löwe 3b zu § 196.

[11]) A. M. Heinemann Z. XV, 84

[12]) Ebenso Heinemann Z. XV, 60.

[13]) Heinemann Z. XV, 62; R. IV, 83, 198; v. Kries 444.

[14]) Heinemann Z. XV, 67.

[15]) In letzterer Hinsicht a. M. v. Kries 447; Binding 165; teilweise auch Löwe 3d*a* zu § 196. Richtig Heinemann Z. XV, 69 ff.; 94, vgl. aber 226.

[16]) Heinemann Z. XV, 224

[17]) A. M. Heinemann Z. XV, 233; Binding 166. Richtig v. Kries 449.

[18]) Vgl. auch Birkmeyer 472.

z. B. ob das Verfahren eingestellt, oder ob freigesprochen werden solle. Auch enthält die Urteilsformel gegebenenfalls selbst in sich verschiedene Bestandteile: den Ausspruch, dass wegen eines bestimmten Delikts verurteilt werde; den Ausspruch, dass die Strafe so und so hoch zu bemessen sei; den Ausspruch über Nebenstrafen, über Kosten u. s. w. So gut wie die Urteilsformel, so gut ist natürlich auch die Abstimmung zerlegbar.

Die Reihenfolge der verschiedenen Fragen bestimmt sich alsdann nach dem Präjudizialverhältnis. Deshalb muss die Frage, ob wegen Mangelhaftigkeit des Prozessverhältnisses eine blosse Formalentscheidung zu fällen sei, jeder auf die Sache selbst eingehenden Frage vorangehen; desgleichen muss die Schuldfrage vor der Straffrage zur Abstimmung gebracht werden [19]). Kommen bei einer und derselben strafbaren Handlung mehrere Strafgesetze in Frage, so ist zu unterscheiden:

a) Stehen die mehreren Strafgesetze in Gesetzeskonkurrenz, so ist das speziellere voranzustellen [20]). Ist z. B. zweifelhaft, ob schwerer oder einfacher Diebstahl vorliegt, so ist zunächst über ersteren abzustimmen. Finden sich dabei 2 von 5 Stimmen, die das Qualifikationsmoment (Erbrechen von Behältnissen u. s. w.) leugnen, so ist nunmehr über einfachen Diebstahl abzustimmen.

Unzulässig, weil Abstimmung nach Gründen, würde es dagegen sein, zuerst das Gattungsdelikt zur Abstimmung zu stellen („Liegt Diebstahl vor?“) und dann bloss das Qualifikations- oder Privilegierungsmoment als solches („Einsteigen“ oder „Nahrungsmittel in geringer Menge zum alsbaldigen Verbrauch“ u. s. w. [21]). Es muss immer über den vollen Thatbestand abgestimmt werden.

b) Stehen die Strafgesetze dagegen so neben einander, dass jedes ein *aliud* darstellt, z. B. Diebstahl und Unterschlagung, so ist die Reihenfolge gleichgültig, weil hier ein Präjudizialverhältnis nach keiner Richtung hin vorliegt. Würden von 5 Richtern 2 Diebstahl, 3 Unter-

[19]) So die gemeine Meinung. Dass über die Schuldfrage und über die Straffrage gesondert abzustimmen ist, ergiebt sich auch schon daraus, dass das Gesetz (St.P.O. § 262) verschiedene Majorität der Stimmen für die Schuldfrage und für die Straffrage erfordert.

[20]) Würde von unten her aufwärts gegangen, so würde der Richter, der die schwerere Form bejahen will, bei der milderen nur „eventuell“ stimmen können; z. B. wenn bei Zweifel, ob Mundraub, einfacher Diebstahl oder schwerer Diebstahl vorliegt, zuerst über Mundraub abgestimmt würde, so könnten die Richter, die Diebstahl annehmen, nur erklären: Mundraub liege vor, sofern nicht Diebstahl vorliege. Diese Weiterung fällt weg, wenn mit dem schweren Diebstahl der Anfang gemacht wird. v. Kries 446. Vgl. auch Heinemann Z. XV, 89; Binding Grdr. 164.

[21]) A. M. Löwe 3d$\beta$ zu § 196. Richtig v. Kries 444; Heinemann Z. XV, 86.

schlagung annehmen, so würde sich Freisprechung ergeben, weil über keine verurteilende Urteilsformel die erforderliche $^2/_3$ Majorität erzielt ist[22]. Ganz unrichtig wäre es, zunächst darüber abzustimmen, „ob überhaupt zu verurteilen sei", und sodann nur über das anzuwendende Strafgesetz abzustimmen[23]. Das wäre Abstimmung nach Gründen.

Kommen bei relativen Strafdrohungen mehrere Strafgrössen in Frage, so ist über die schwerste Strafe zuerst abzustimmen und eventuell Schritt für Schritt hinabzusteigen; denn ein Richter, der sich z. B. für 5 Jahre Zuchthaus ausspricht ist jedenfalls z. B. auch für 2 Jahre Zuchthaus, wenn nämlich die härtere Strafe nicht durchgeht. Es liegt also ein Präjudizialverhältnis vor. Ein Ausfluss dieser Erwägung ist der § 198 Abs. 3 G.V.G., wonach die dem Beschuldigten nachteiligsten Stimmen den zunächst minder nachteiligen hinzugerechnet werden, bis sich eine Mehrheit ergiebt[24].

In allen den Fällen, in denen mehrere Fragen successiv zur Abstimmung gebracht werden, muss sich, vorausgesetzt, dass die Trennung der Fragen zulässig war, ein etwa bei der ersten Frage überstimmter Richter auf den Standpunkt der Majorität (bezw. siegreichen Minorität) stellen[25], denn sonst wäre die successive Abstimmung zwecklos. Ist also ein Richter z. B. mit seiner Meinung, es fehle der Strafantrag, isoliert geblieben, so muss er nunmehr zur Sache selbst votieren. Hatte er als einziger die Schuldfrage verneint, so muss er bei der nunmehr folgenden Abstimmung über die Straffrage die Schuld als erwiesen ansehen und darf nicht etwa grundsätzlich für das Strafminimum stimmen[26]. Hatte er schweren Diebstahl für erwiesen angenommen, während die übrigen nur einfachen annahmen, so muss er das Qualifikationsmoment bei der Strafzumessungsfrage durchaus bei Seite lassen.

In den Fällen der Gesetzeskonkurrenz ergiebt sich für den überstimmten Richter, der die strengere Auffassung vertreten hatte, die

---

[22]) Übereinstimmend Heinemann Z. XV, 65. Dies Ergebnis kann auffallen, weil doch sämtliche Richter ein Schuldig aussprechen wollen. Aber die Einigkeit ist nur eine ganz vage, das „Schuldig" ohne Zusatz des Strafgesetzes ist nur ein Phantom. Vgl. auch Löwe 3cγ zu § 196.

[23]) Übereinstimmend Heinemann Z. XV, 62. A. M. Binding Grdr. 165.

[24]) Z. B. A stimmt für 15, B für 10, C für 5, D für 3, E für 1 Jahr Zuchthaus. Ergebnis: 5 Jahr Zuchthaus.

[25]) Ebenso Löwe 1b zu § 197; Binding Grdr. 166; v. Kries 439, 448; Ullmann 280. A. M Geyer 611; Glaser II, 269.

[26]) Ebenso v. Bar, Krit. Vjschr. X, 498; v. Kries 448; Löwe a. a. O.

Notwendigkeit, das Vorliegen des Deliktes ohne das Qualifikationsmoment bezw. mit dem Privilegierungsgrunde zu bejahen [27]).

Dagegen ist zu beachten, dass, wenn mehrere ein *aliud* gegen einander vorstellende Strafgesetze in Frage standen, die Bindung des überstimmten Richters nur eine negative ist, insofern er nicht genötigt ist, nunmehr das Strafgesetz, das die Majorität bezw. siegreiche Minorität bei der ersten Abstimmung als anwendbar annahm, auch seinerseits anzunehmen. Haben z. B. bei der Abstimmung darüber, ob Diebstahl vorliege, 3 Richter sich dafür, 2 in der Meinung, es liege Unterschlagung vor, dagegen erklärt, so haben die drei überstimmten nunmehr selbständig zu prüfen, ob sich Unterschlagung annehmen lasse. Denn Verneinung des Diebstahls ist noch keineswegs Bejahung der Unterschlagung.

Die mehrfach erörterte Frage, ob der bei der Abstimmung über das Gattungsdelikt überstimmte Richter das Vorliegen des Qualifikations- oder Privilegierungsmoments (z. B. Einsteigen beim Diebstahl) frei beurteilen könne [28]), erledigt sich für uns vollständig, da über den straferhöhenden bezw. strafmindernden Umstand nicht separat abgestimmt werden darf [29]).

III. Die Reihenfolge, in der die Richter ihre Stimmen abgeben, richtet sich nach dem Dienstalter, bei den Schöffen nach dem Lebensalter, so, dass der nach Dienstalter bezw. Lebensalter Jüngste zuerst stimmt. Ist jedoch ein Berichterstatter ernannt [30]), so stimmt dieser zuerst. Der Vorsitzende giebt in allen Fällen seine Stimme zuletzt ab. G.V.G. § 199.

IV. Berufsbeamte wie Laienrichter sind, erstere kraft ihrer Amtspflicht, letztere zufolge der positiven Bestimmung in G.V.G. § 200, verpflichtet, über den Hergang bei der Beratung und Abstimmung Stillschweigen zu beobachten.

V. Für die Ergebnisfeststellung ist massgebend das Stimmenverhältnis. Als Wille des Gerichts gilt grundsätzlich der Urteilswille der **absoluten Mehrheit**, G.V.G. § 198 Abs. 1, also im Schöffengericht genügen 2, in der fünfgliedrigen Strafkammer 3 Stimmen u. s. w.

---

[27]) v. Kries 446.

[28]) Kontroverse zwischen v. Bar, Krit. Vjschr. X, 499 und Binding Grdr. §§ 88 VI einerseits, Löwe 3 d $\beta$ zu § 196, 1 b zu § 197 andererseits.

[29]) Oben S. 390. Vgl. v. Kries 446.

[30]) Hierüber Bennecke 423 Anm. 40.

Stimmengleichheit ist (abgesehen von der Geschworenenbank) bei der ungeraden Zahl der die Gerichtskollegien bildenden Richter nicht möglich.

In Durchbrechung der Regel ist jedoch, um der Verurteilung eines Unschuldigen thunlichst vorzubeugen, die Bejahung der Schuldfrage[31]) an eine zwei-Drittel-Mehrheit geknüpft, St.P.O. § 262 Abs. 1, so dass also z. B. in der fünfgliedrigen Strafkammer Freisprechung erfolgt, wenn 2 Richter für nichtschuldig, 3 für schuldig votieren. Die regelmässige absolute Majorität gilt also nur für alle Fragen ausserhalb der Schuldfrage, somit für alle Fragen prozessualer Natur, für die Straffrage, für die Frage nach den neben dem Strafanspruch in Betracht kommenden Ansprüchen[32]), sowie nach den Kosten.

## § 95.

### *3. Inhalt und Form des Urteils.*

I. Der Stoff, den das Urteil zu formen hat, ist beim Sachurteil der Prozessgegenstand[1]), beim Formalurteil das Prozessverhältnis. Den Inhalt des Urteils[2]) bildet mithin der decisive Ausspruch sei es über das Prozessverhältnis, sei es über den Prozessgegenstand. Das „Urteil" ist somit identisch mit der sogenannten „Urteilsformel", dem „Urteilstenor", dem „entscheidenden Teil" der Urteilsurkunde. Namentlich haben die Urteilsgründe nur dienende Bedeutung. Sie können zur Erläuterung, niemals aber zur Ergänzung einer lückenhaften Urteilsformel herangezogen werden[3]). Eine Decisive z. B. über Anrechnung der Untersuchungshaft, über Einziehung u. s. w., die sich in die „Gründe" verirrt hat, ist gänzlich bedeutungslos.

1. Der decisive Ausspruch kann nun beim Sachurteil nur entweder auf Verurteilung oder auf Freisprechung lauten.

a) Die Verurteilung bejaht den Strafanspruch und die Nebenansprüche[4]) oder ersteren allein oder — insoweit dies statthaft ist

---

[31]) Oben § 61 S. 205.

[32]) Z. B. Bussanspruch, Unterbringung in einer Besserungsanstalt, Bennecke 568 Anm. 12.

[1]) Oben § 61 II.

[2]) Zu unterscheiden natürlich von dem Inhalt der Urteilsurkunde, unten § 96.

[3]) Dagegen Glaser II, 579; E. IV, 179; R. II, 371; III, 307. Richtig E. XXVII, 86; Kroschel G.S. LII, 388.

[4]) Auch der Ausspruch über die Bussklage gehört, er laute gewährend oder versagend, in den Tenor. Aus den Gründen kann er nicht ergänzt werden, vgl. vorstehend bei Anm. 3. Teilweise (bezüglich der Ablehnung des Bussantrags) a. M. Bennecke 671.

(oben § 61 V) — die letzteren allein, verbietet sich also, wenn irgend ein materiellrechtlich für den betreffenden Anspruch notwendiger Umstand fehlt. Insoweit es sich um den Strafanspruch handelt, kann man von „krimineller“ Verurteilung sprechen; daneben laufen dann her die etwaigen verwaltungs- oder civilrechtlichen Verurteilungen, die dem Strafverfahren zugewiesen sind. Art und Höhe der Strafe, zu der verurteilt wird, ergeben sich aus dem materiellen Strafrecht. Wenn nach letzterem eine Gesamtstrafe verwirkt ist, (§§ 74 ff., 79 St.G.B.), so kann sich deren Verhängung in prozessual verschiedener Form gestalten:

α) Sind die mehreren reell konkurrierenden Thaten gleichzeitig abzuurteilen, so erfolgt Verurteilung zu der „Gesamtstrafe“ ohne weitere Schwierigkeiten.

β) Ist für eine der Thaten schon rechtskräftig auf Strafe erkannt, liegt also der Fall des § 79 St.G.B. vor, so ist zu unterscheiden:

1) Wenn die rechtskräftige Strafe die Einsatzstrafe ist[5]), so wird „zusätzlich erkannt“, zu einer „Zusatzstrafe“ verurteilt[6]).

2) Wenn die jetzt zu verhängende Einzelstrafe die Einsatzstrafe ist, so kann bei Gleichartigkeit der Strafen ebenfalls die Form der Zusatzstrafe gewählt werden[7]); anderenfalls muss das rechtskräftige Urteil aufgehoben und eine neue Gesamtstrafe „unter Einrechnung“ der rechtskräftigen Strafe gebildet werden[8]).

γ) Ist das Urteil wegen der einen That noch nicht rechtskräftig in dem Zeitpunkt, in dem wegen der anderen That Verurteilung erfolgt, so kann eine Gesamtstrafe nicht gebildet werden, es wird einfach die Einzelstrafe ausgesprochen[9]). Eventuell erfolgt dann später Bildung der Gesamtstrafe durch Beschluss nach § 492 St.P.O., unten § 139. —

---

[5]) v. Liszt § 73 II; H. Meyer § 63, 7; Beling, Grundzüge 54.

[6]) Beispiel: That 1 ist rechtskräftig bestraft mit 1 Jahr Zuchthaus, That 2 würde isoliert eine Einzelstrafe von 4 Monaten Gefängnis verdienen. Zusatzstrafe z. B. 2 Monate Zuchthaus (Einsatzstrafe + Zusatzstrafe = Gesamtstrafe, die natürlich nie die Summe der Einzelstrafen erreichen darf).

[7]) Z. B.: rechtskräftig 2 Monate Gefängnis; jetzt: 6 Monate Gefängnis; Zusatzstrafe z. B. 5 Monate Gefängnis.

[8]) Z. B. rechtskräftig 4 Monate Gefängnis, jetzt 1 Jahr Zuchthaus; zu erkennen auf eine Gesamtstrafe von z. B. 1 Jahr 2 Monate Zuchthaus unter Wegfall der 4 Monate Gefängnis.

[9]) In der Hauptsache übereinstimmend das Reichsgericht, E. V, 1; R. III, 468, 592; IX, 177; Löwe 1b zu § 492; Bennecke 798 Anm. 18. (Dagegen v. Kries 764.) Das Reichsgericht will aber auch zulassen, dass schon jetzt eine Gesamtstrafe für den Fall, dass jenes andere Urteil rechtskräftig werde, festgesetzt werde, so R. IV, 102. Das wäre ein bedingtes Urteil, das als unzulässig gelten muss, oben S. 290.



Latent ist in jedem verurteilenden Erkenntnis der Ausspruch entfallen, dass die That unter anderen Gesichtspunkten nicht strafbar sei. Sollten solche Gesichtspunkte als alleinige oder ideell konkurrierend irgendwie in Frage gekommen sein, so wird das Urteil korrektermassen diese Gesichtspunkte *expressis verbis* zu verneinen haben, z. B.: „der Angeklagte wird wegen Diebstahls, nicht Unterschlagung, verurteilt"; oder „der Angeklagte wird wegen Betruges, nicht auch Urkundenfälschung, verurteilt"[10]. Sachlich wäre allerdings eine Weglassung der Verneinung nicht von Bedeutung, letztere würde sich dann von selbst verstehen.

b) Die Freisprechung bedeutet die Verneinung eines Strafanspruchs wegen der betreffenden That gegen den Thäter[11] und zwar nicht allein eines Strafanspruchs der Art, wie ihn die Anklage oder der Eröffnungsbeschluss auffassen, sondern eines Strafanspruchs überhaupt. Sie darf daher nur dann erfolgen, wenn unter keinem juristischen Gesichtspunkte sich die Strafbarkeit ergiebt. Die freisprechende Urteilsformel wird deshalb am richtigsten dahin gefasst: „Der Angeklagte wird freigesprochen"[12]. In der Praxis wird meist tenoriert: „Der Angeklagte wird von der Anklage des (z. B.) Betruges freigesprochen"[13]. Diese Spezifizierung ist bedeutungslos, der, „von der Anklage des Betruges Freigesprochene", ist damit auch freigesprochen unter dem Gesichtspunkt der Unterschlagung, der Urkundenfälschung u. s. w.

Je nach ihren Gründen kann die Freisprechung sehr verschieden schwer wiegen — Ausschluss der Rechtswidrigkeit, der Schuld, Strafausschliessung, Strafaufhebung u. s. w. und alles dies wiederum entweder aus Rechtsgründen oder aus thatsächlichen Gründen. Prozessual stehen diese verschiedenen Fälle der Freisprechung einander gleich[14].

Eine dritte Art Sachurteil neben dem verurteilenden und dem freisprechenden giebt es nicht.

---

[10]) Binding Grdr. 214 verlangt „Freisprechung" bezüglich der verneinten Qualifikation. Diese Auffassung ruht auf der Annahme der Mehrheit von Strafansprüchen bei Idealkonkurrenz, Vgl. dagegen oben S. 205.

[11]) Über die einschränkende Auffassung Birkmeyers s. unten Anm. 16.

[12]) Übereinstimmend Kroschel, Abfassung des Urteils 22.

[13]) Ebenso Ullmann 499; v. Kries 576.

[14]) Glaser II, 551, 582; Binding Hdb. I, 195; Ullmann 488; Bennecke 557, 559; R. III, 383, IV, 595; E. XII, 434; Lammasch G.S. XLI, 18.

Wohl aber kann das freisprechende Urteil gewisse besondere Gestaltungen annehmen.

α) Ist ein Jugendlicher freigesprochen worden, so verbindet sich mit der Freisprechung die Überweisung an die Familie oder in eine Erziehungs- oder Besserungsanstalt nach St.G.B. § 56, Abs. 2. Erfolgt Überweisung zur Anstaltserziehung, so verbindet sich mit der kriminellen Freisprechung eine verwaltungsrechtliche Verurteilung.

β) Mit der kriminellen Freisprechung kann möglicherweise eine auf Einziehung oder Unbrauchbarmachung, §§ 40, 41 St.G.B., gehende verwaltungsrechtliche Verurteilung verbunden werden.

γ) Hat das Gericht von der Möglichkeit der totalen Kompensation (St.G.B. §§ 199, 233) Gebrauch gemacht, so ist nach geltendem Recht der Tenor so zu fassen, dass zum Ausdruck kommt, dass nur die Kompensation die Strafe abgewendet hat. Es ist nicht schlechthin „freizusprechen", sondern der Angeklagte „für schuldig, aber straffrei zu erklären"[15]).

2. Das Einstellungsurteil im Falle des § 259 Abs. 2 bringt zum Ausdruck, dass das Prozessverhältnis abgesehen vom Strafantrag in Ordnung sei, und dass die That sich nicht als Offizialdelikt darstelle[16]). Es kommt somit sachlich einer Freisprechung nach allen Richtungen hin mit Vorbehalt des Antragsdelikts gleich. Da aber das Wesen der „Freisprechung" die totale Negation eines jeden Strafanspruchs ist, so darf natürlich nicht wegen derselben That auf Ein-

---

[15]) *De lege ferenda* verwerflich. Denn die Kompensation läuft auf eine Verneinung des Strafanspruchs wegen eines Strafausschliessungs- oder eines Strafaufhebungsgrundes hinaus (Beling, Grundzüge des Strafrechts 57), und es ist nicht einzusehen, weshalb diese kompensative Strafausschliessung bezw. Strafaufhebung eine Sonderstellung einnehmen soll. Anders Bennecke 558, der die Straffreierklärung als Abart der Verurteilung ansieht (so auch Glaser II, 547; Ullmann 488) und sich dafür besonders auf die Möglichkeit der Kostenauferlegung zu Lasten des straffrei Erklärten (§ 500 St.P.O.) beruft.

[16]) Ohne gesetzliche Unterlage ist die Meinung von Birkmeyer 666: auf Einstellung des Verfahrens sei zu erkennen, wenn das angebliche Verbrechen des Angeklagten zwar vorliege, aber ein Strafanspruch des Staates daraus entweder von vornherein nicht entstanden oder später wieder untergegangen sei; das Einstellungsurteil sei Sachurteil. Es mangelt aber auch an jedem inneren Grunde, die Urteile, die das Nichtvorhandensein eines Strafanspruchs feststellen, in 2 Gruppen (freisprechende und einstellende Urteile) zu zerreissen. Dass bei Verjährung, *res judicata* u. s. w. ein Einstellungsurteil nicht zu erlassen ist, darüber s. oben S. 384. Die Frage, ob „freizusprechen" oder „einzustellen" sei, betrifft nicht etwa eine blosse Formalität, sondern ist von praktischer Wichtigkeit, vgl. St.P.O. § 402[4] und dazu unten § 134.

stellung und Freisprechung neben einander erkannt werden.[17]). Es genügt der Ausspruch, das Verfahren werde eingestellt[18]).

Würde das Gericht umgekehrt das Vorliegen eines Offizialdelikts oder eines durch Antrag gedeckten Antragsdelikts feststellen unter der gleichzeitigen Feststellung, dass für ein ideell konkurrierendes Delikt der Antrag fehle[19]), so würde eine beschränkte Verurteilung auszusprechen sein, d. h. das Gericht verurteilte unter dem einen juristischen Gesichtspunkt, indem es sich behindert erklärte, an die That noch einen anderen Massstab anzulegen. Eine „Einstellung des Verfahrens" ist daneben nicht auszusprechen. Es bedarf eines solchen Ausspruchs auch nicht, da die künftige Verfolgung unter dem Gesichtspunkt des Antragsdelikts, für welches der Antrag derzeit fehlt, *ipso jure* möglich ist[20]).

Die Einstellung des Verfahrens bringt in die Einheitlichkeit des Prozessgegenstandes[21]) einen Riss; die Erklärung dafür giebt die Natur der Antragsdelikte.

II. Ihrer Fassung nach muss die Urteilsdecisive ihren Inhalt genau wiedergeben[22]), also bei Verurteilung die Strafgrösse und das Delikt angeben, bei Idealkonkurrenz die mehreren ideell konkurrierenden Delikte u. s. w.[23]). Bei Verurteilung im Falle der Realkonkurrenz muss die Formel nicht bloss die Gesamtstrafe, sondern auch die Einzelstrafen enthalten[23a]), da möglicherweise die Gesamtstrafe hinfällig wird, und es dann für die verbliebene Einzelstrafe an einer Formel nicht fehlen darf, wie sie z. B. schon für die Strafvollstreckung unerlässlich ist[24]). In der Praxis wird meist nur die Gesamtstrafe im Tenor aufgeführt. Das

---

17) Beispiel: A soll durch eine Handlung Tierquälerei und Körperverletzung begangen haben. Das Gericht verneint erstere und vermisst bei letzterer den Antrag.

18) Übereinstimmend Bennecke 557 Anm. 8; E. VII, 355; Binding Grdr. 214. Nicht zutreffend Köhler, Lehre vom Strafantr. 118 Anm. 2. — Die Wirkungen s. unten § 98.

19) Vgl. das Beispiel in Anm. 17 *mut. mut.*

20) Unten § 98.

21) Oben § 61 III.

22) Genaueres darüber bietet Kroschel, Abfassung der Urteile, besonders 15ff. und G.S. LII, 387. S. auch Ötker 613.

23) E. IV, 179; R. III, 307; E. XXVII, 86; Köhler, Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz u. Gesetzeskonkurrenz 170; Kohlrausch, Zur prozessualen Behandlung der Idealkonkurrenz, 45; Reiffel G.S. XXXIX 523; Meves G.A. XXXVI, 121; Löwe 1; Stenglein 1 zu § 266.

23a) z. B.: „Der Angeklagte N. N. wird wegen . . . und wegen . . . zu Einzelstrafen von 6 Monaten bezw. 4 Monaten Gefängnis und an deren Stelle zu einer Gesamtstrafe von 9 Monaten Gefängnis verurteilt."

24) Vgl. Löwe 6c zu § 481; Kroschel, Abfassung der Urteile 18; Binding, Grdr. 278.

freisprechende Urteil ist am richtigsten dahin zu fassen: „Der Angeklagte wird freigesprochen" ohne Angabe des Delikts, das die That hatte darstellen sollen[25]).

Unerlässliche Form für das Existentwerden des Urteils ist die Verkündung (Publikation), und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Angeklagte, ob überhaupt jemand ausser dem Gericht und der Staatsanwaltschaft zugegen ist. Sie erfolgt durch Verlesung der Urteilsformel und Mitteilung der Gründe, § 267 St.P.O. Die Mitteilung der Gründe kann je nach Ermessen mündlich oder durch Verlesung stattfinden. Nur wenn die Verkündung des Urteils nicht sofort am Schluss der Hauptverhandlung erfolgt, sind die Urteilsgründe vor der Verkündung schriftlich festzustellen, St.P.O. § 267 Abs. 2.

Auf den Inhalt der Erwägungen, die der Vorsitzende als die „Gründe" des Gerichts verkündet, legt das Gesetz kein Gewicht. Es muss daraus gefolgert werden, dass auch eine schiefe, unvollständige, irrige Mitteilung in dieser Richtung den Verkündungsakt nicht beeinträchtigt. Für die Anfechtung des Urteils sind auch nicht die verkündeten, sondern nur die schriftlich fixierten „Gründe" von Bedeutung.

Einer Mitteilung des Herganges bei der Abstimmung, insbesondere des Stimmenverhältnisses, bedarf es nicht. Unzulässig ist sie aber nicht[26]). Insbesondere darf die Unzulässigkeit nicht auf die Schweigepflicht der Richter (oben § 94 IV) gegründet werden: diese hat nur persönliche, ausserprozessuale Bedeutung, ob das Gericht als solches dagegen im Prozess nähere Mitteilungen über die Entstehung der Entscheidung macht, ist eine innerprozessuale Frage. Dass eine Mitteilung des Stimmenverhältnisses nicht unzulässig sein kann, ergiebt die Erwägung, dass namentlich die bestehende Streitfrage, ob Totalabstimmung oder Abstimmung nach Gründen geboten sei[27]), das Ergebnis der Abstimmung ins Ungewisse stellen kann: gegebenenfalls ist der Partei ein Anfechtungsrecht erworben und es wäre merkwürdig, wenn das Gesetz das Gericht hinderte, den Parteien die Kenntniss des Anfechtungsgrundes an die Hand zu geben. Überdies zeigen auch die §§ 307 Abs. 2, 317 St.P.O., dass dem Gesetz der angebliche Gedanke, es dürfe über das Stimmenverhältnis keine Kunde an die Aussenwelt dringen, fremd ist.

Selbstverständlich ist das Urteil erst dann „verkündet", wenn die „Verkündung" ihr Ende erreicht hat, nicht schon, wenn sie begonnen hat[28]). Würde der Vorsitzende mitten in der Verkündung auf irgend eine Weise unterbrochen, so wäre noch *nihil actum*. Ob der Verkündungsakt sein Ende erreicht hat, bemisst sich nach der zu ver-

---

[25]) Oben § S. 395; Kroschel, Abfassung der Urteile 22.

[26]) Für unzulässig scheint sie Bennecke 421 zu halten. Vgl. dagegen v. Kries 437, 454.

[27]) Oben S. 387 ff.

[28]) Zutreffend Ötker 615.

kündenden Niederschrift, nicht etwa nach dem vorangegangenen Gerichtsbeschluss[29]).

Das noch nicht verkündete Urteil ist noch nicht *in mundo*[30]). Daraus ergiebt sich die wichtige Folge, dass vor der Verkündung jede Änderung der vom Gericht beschlossenen Entscheidung unumschränkt statthaft ist. Würde z. B. nach verhandelter Sache der Gerichtshof sich über eine Verurteilung wegen einfachen Diebstahls schlüssig gemacht haben, und würde infolge nachträglich eingetretener Aufklärung der Staatsanwalt dem Vorsitzenden, der im Begriff stand, das Urteil zu publizieren, mitteilen, dass der Angeklagte schon zahlreiche rückfallbegründende Vorstrafen wegen Diebstahls erlitten habe, so wäre eine Berücksichtigung dieser Thatsache (nach Wiedereintritt in die Verhandlung) noch vollkommen möglich[31]).

Die schriftliche Abfassung des gefällten Urteils ist zwar in allen Fällen geboten (vgl. das Nähere in § 96). gehört aber nicht mehr zur Urteilsfällung selbst. Die Entscheidung des Gerichts liegt fertig und unwiderruflich vor, schon wenn die Verkündung erfolgt ist. Die Absetzung des Urteils in Schriftform ist ein neuer Prozessakt; noch viel mehr die Zustellung des Urteils, die in gewissen Fällen zu erfolgen hat (unten § 96).

## § 96.

### 4. *Herstellung der Urteilsurkunde und deren Bekanntmachung.*

I. An die Urteilsfällung (das „Urteil" als prozessualen Vorgang) reiht sich die Herstellung der Urteilsurkunde (des „Urteils" im körperlichen Sinne) an.

Die Urteilsurkunde[1]) muss zunächst enthalten den Tenor (die Formel, den entscheidenden Teil), und zwar eben denjenigen Tenor, der als Urteilsdecisive verkündet worden ist. Würde die Urteilsurkunde inhaltlich von diesem Tenor abweichen, so würde gleichwohl das wirklich verkündete Urteil den Vorzug haben[2]).

Die Urteilsurkunde muss ferner in jedem Falle, also auch wenn die Voraussetzungen des § 34 St.P.O.[3]) nicht vorliegen, die Gründe des Urteils angeben[4]).

---

[29]) Kroschel G.S. LII, 393 gegen E. XV, 271; mit letzterem Erkenntnis übereinstimmend Ötker 624.

[30]) Bennecke 427, 550 Anm. 14, 551; John III, 408.

[31]) Nach Abschluss der Publikation dagegen nicht mehr, oben S. 299, unten § 97 I. Vgl. Kroschel G.S. LII, 394; E. V, 173; R. III, 723; VII, 245.

[1]) Muster s. bei R. Schmidt, Aktenstücke 63, 99; v. Hippel, Aktenstücke 23.

[2]) Bennecke 572; Ötker 623.

[3]) Unten § 100 IV.

[4]) Vgl. St.P.O. § 377[7] und Ötker 617.

Diese schriftlichen Gründe sind nicht etwa als blosse Rekapitulation der mündlich verkündeten zu denken, die ja Unrichtiges enthalten können und vielleicht nicht erschöpfend sind, sondern haben sich an dasjenige zu halten, was wirklich vom Gericht als Ganzem gebilligt worden ist. Die etwaige Nichtübereinstimmung der schriftlichen Urteilsgründe mit den mündlich publizierten ist wesenlos[5]). Einen gesonderten „Thatbestand" nach Art des Civilurteils braucht das Strafurteil nicht zu bieten; die thatsächlichen Ausführungen sind in die „Gründe" zu verweben.

Die Urteilsgründe müssen insbesondere Rechenschaft ablegen über die Frage, welche Thatsachen das Gericht für erwiesen erachtet. Doch braucht das Gericht hier die Beweisfrage nicht in vollem Umfange aufzurollen. Wenngleich alle relevanten Thatsachen des Beweises bedürfen[6]), so ist doch nach § 266 St.P.O. das Gericht nicht genötigt, sich *expressis verbis* über das Bewiesensein aller auszusprechen.

Erforderlich ist in den Gründen speziell a) eines verurteilenden Erkenntnisses zunächst die Angabe der Thatsachen, „in welchen die gesetzlichen Merkmale der strafbaren Handlung gefunden werden", das sind die Thatsachen, die dem „Thatbestande" des betreffenden Strafgesetzes zur Unterlage dienen, also z. B. bei Unterschlagung die Angabe, dass der Angeklagte eine goldene Uhr, die ihm von ihrem Eigentümer X zur Reparatur übergeben war, verkauft habe.

Keiner besonderen Erwähnung in den Gründen bedürfen hiernach die Thatsachen, in denen die allgemeinen Merkmale eines Verbrechens liegen (Handlung, Rechtswidrigkeit, Schuld u. s. w.), insoweit sie nicht in die Formel des Strafgesetzes aufgenommen sind (z. B. § 303 St.G.B. „vorsätzlich und rechtswidrig")[7]). Dagegen gehört die „Erscheinungsform" der That als Mitthäterschaft oder Beihülfe, Versuch oder Vollendung, Verbrecheneinheit oder -Mehrheit u. s. w. immer mit zu den „Merkmalen" der That, ihre Annahme muss also in den Gründen motiviert werden[8]).

---

[5]) Vgl. Ötker 621.
[6]) Oben S. 317 ff.
[7]) Dass das Gericht aber auch diese Thatsachen prüfen und feststellen muss, ist oben schon gesagt, s. S. 319.
[8]) R. V, 175; E. XIX, 213; XX, 351; G.A. XXXIX, 70; Löwe 6 zu § 266; Bennecke 570 Anm. 25.

Meist werden in der Praxis die „gesetzlichen Merkmale“ in eine formelmässige sogenannte Schlussfeststellung zusammengefasst. Notwendig ist dies nicht[9]).

Eine Sonderbestimmung giebt § 266 Absatz 2 für Strafausschliessungs-[10]), Strafminderungs- und Straferhöhungsgründe, die vom Strafgesetz „besonders vorgesehen“ sind. In Ansehung ihrer ist genügend ein Ausspruch darüber, „ob“ sie für festgestellt oder nicht festgestellt[11]) erachtet werden. Einer Angabe der diesen Ausspruch begründenden Thatsachen bedarf es nicht; und selbst jener blosse Ausspruch ist nur dann erforderlich, wenn in der Verhandlung ein solcher Umstand behauptet worden war, St.P.O. § 266, Abs. 2. Dies gilt z. B. für die „Einsicht“ bei Jugendlichen[12]). Selbstverständlich ist es aber durchaus zu billigen, wenn das Gericht diese Punkte auch ohne gesetzliche Nötigung in den Urteilsgründen erörtert.

Unbenannte Privilegierungsgründe, im Gegensatz zu den soeben erwähnten, „im Gesetz besonders vorgesehenen“[13]) können demnach im allgemeinen in den Gründen mit Stillschweigen übergangen werden. Nur muss, wenn mildernde Umstände als vorhanden angenommen oder entgegen einem in der Verhandlung gestellten Antrage verneint worden sind, diese Entscheidung des Gerichts in den Gründen verlautbart werden, St.P.O. § 266 Abs. 3, Satz 2. Die Thatsachen, in denen das Gericht „mildernde Umstände“ erblickt hat, brauchen dabei nicht mit aufgeführt zu werden[14]).

Die Angabe der Strafzumessungsgründe ist nur unter eine „Soll“-Vorschrift gestellt. Gar nicht erforderlich ist nach § 266 die Begründung der etwaigen Verhängung von Nebenmassregeln (Busse, Einziehung u. s. w.)

---

[9]) Kroschel Abfassung der Urteile 34.

[10]) Im nicht technischen Sinne des Wortes, also unter Hinzutritt der Schuld- und Unrechtsausschliessungsgründe, der Strafaufhebungsgründe u. s. w. Stenglein 8 zu § 266; Bennecke 570 Anm. 24.

[11]) Soweit Strafausschliessungs- oder Strafminderungsgründe verneint werden, muss natürlich ausgesprochen werden, dass ihr Nichtvorliegen festgestellt sei, oben § 92 II. Eine Verurteilung z. B. mit der Begründung, „es sei nicht festgestellt, dass der Angeklagte in Notwehr gehandelt habe“ — so Bennecke 570 Anm. 24 — läuft den modernen Beweisgrundsätzen zuwider.

[12]) E. XXXI, 161. A. M. Bennecke 569 Anm. 18; R. II, 714; E. III, 198, XXIX, 98, (es bedürfe auch einer Erwähnung der Thatsachen, auf Grund deren sich das Gericht von der „Einsicht“ des Jugendlichen überzeugt habe).

[13]) Vgl. oben S. 206.

[14]) Bennecke 571 Anm. 27; R. II, 83; Stenglein 8; v. Schwarze 13; v. Bomhard 4; Keller 14 zu § 266. A. M. Löwe 8; Puchelt 7 zu § 266; Fuchs H. H. II, 104; Glaser II, 590; v. Kries 586.

Eine Angabe der Beweismittel verlangt das Gesetz nicht. Dagegen sollen bei Indizienbeweis die indizierenden Thatsachen (die Indizien) namhaft gemacht werden, St.P.O. § 266 Abs. 1 Satz 2. Den Gepflogenheiten der Praxis entspricht es aber, überall da, wo die Beweisfrage irgendwie zweifelhaft war (Glaubwürdigkeit eines Zeugen u. s. w.), den Standpunkt des Gerichts in den Gründen zu rechtfertigen. Diese Übung ist zweckmässig und entspricht der Billigkeit[15].

Ausser den oben genannten Thatsachen müssen dann die Gründe die Gesetze angeben, die zu der Entscheidung geführt haben; und sie müssen ersehen lassen, wie die Thatsachen unter die Gesetze zu subsumieren sind. Nötigenfalls sind hierbei rechtliche Ausführungen zu geben.

b) Die Begründung des freisprechenden Urteils muss aufzeigen, ob die Freisprechung darauf beruht, dass diese oder jene erhebliche Thatsache nicht erwiesen worden ist — dann ist der vom Gericht vermisste Umstand hervorzuheben[16] — oder ob das Gericht den erwiesenen Thatbestand aus Rechtsgründen für nicht unter die Strafgesetze subsumierbar erachtet hat (z. B. weil die „weggenommene“ Elektricität keine „Sache“ im Sinne des § 242 St.G.B. sei), St.P.O. § 266 Abs. 4. —

Dass die Urteilsgründe auch über den prozessualen Hergang der Entstehung des Urteils Auskunft geben, verlangt das Gesetz nicht. Verboten ist solche Mitteilung aber auch nicht, im Gegenteil erscheint sie in Zweifelsfällen geradezu als ein Gebot der Gerechtigkeit, um den Parteien eine etwaige Anfechtung zu ermöglichen[17]. — Auch andere prozessuale Fragen, so besonders die Stellung des Strafantrages, brauchen in den Urteilsgründen nicht behandelt zu werden[18].

Zu einer vollständigen Urteilsurkunde gehört aber ausser Tenor und Gründen noch der sogenannte Kopf oder Urteilseingang (§ 275 Abs. 3 St.P.O.) und die Unterschrift der Richter mit der in § 275 Abs. 2 Satz 2 und 3 vorgesehenen Modifikation.

Waren alle diese Bestandteile des Urteils schon in das Sitzungsprotokoll aufgenommen, so bedarf es der Herstellung einer besonderen

---

[15]) Kroschel 50; vgl. Binding Grdr. 168.

[16]) R. I, 89; E. II, 60.

[17]) Vgl oben § 95 S. 398, und v. Kries 454—455. Für unzulässig scheint sie Bennecke 571 zu halten; so auch Binding, Grdr. 167; Birkmeyer 272.

[18]) Bennecke 569; John III, 432; R. II, 430; X, 156. Dagegen Kroschel 40.

Urteilsurkunde nicht; anderenfalls ist eine solche binnen drei Tagen nach der Verkündung zu den Akten zu bringen [19]).

Insoweit ausser der Urteilsurschrift noch Ausfertigungen, Abschriften, Auszüge des Urteils erforderlich werden, ist deren Herstellung Sache des Gerichtsschreibers, der sie auch zu unterschreiben und mit dem Gerichtssiegel zu versehen hat, St.P.O. § 275 Abs. 4.

II. Die Bekanntmachung des Urteils liegt enthalten in der Verkündung, sofern die Beteiligten dabei anwesend waren. Anderenfalls bedarf es der Zustellung an den betreffenden Nichtanwesenden, St.P.O. § 35 Abs. 2, (und zwar auch dann, wenn für ihn ein Vertreter bei der Verkündung anwesend war). Eine Zustellung ist ferner an den etwaigen gesetzlichen Vertreter des Angeklagten vorgeschrieben, sofern das Urteil auf Unterbringung des Angeklagten in eine Erziehungs- oder Besserungsanstalt lautete, und der gesetzliche Vertreter nicht in der Hauptverhandlung als Beistand des Angeklagten aufgetreten und auch bei der Verkündung des Urteils nicht zugegen gewesen ist, § 268 St.P.O.

## § 97.

### 5. *Die Abänderbarkeit des Urteils.*

I. Das gültig gefällte Urteil ist für das Gericht bindend, unwiderruflich [1]). Nur das Rechtmittelgericht kann das Urteil aus der Welt schaffen und zwar selbstverständlich nur wenn ein Rechtsmittel eingelegt worden ist.

Nur in drei Fällen kann das Gericht seine eigenen Urteile später aufheben, nämlich

1. im Wiederaufnahmeverfahren [2]),
2. im Falle der Notwendigkeit der nachträglichen Bildung einer Gesamtstrafe bei Realkonkurrenz [3]),
3. dann, wenn bei Idealkonkurrenz die Rechtskraft des Urteils nicht schrankenlos eingetreten war [4]).

---

[19]) Dabei ist die mitunter von den Amtsrichtern geübte Praxis, hinter das Protokoll lediglich die „Gründe" anzufügen, als unzulässig zu bezeichnen. Das Gesetz verlangt eine in sich abgeschlossene Urteilsurkunde. E. XIX, 233; Löwe 2 zu § 275; Kroschel, Abfassung der Urteile, 7.

[1]) Oben S. 299; vgl. E. XXVIII, 81. Keine Ausnahme bildet der Fall, dass gegen ein Absenzurteil Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erteilt wird, der Wegfall des Urteils ist hier nur eine Folge der Erteilung der Wiedereinsetzung.

[2]) Unten §§ 134—136.

[3]) Oben § 95 und unten § 139.

[4]) Unten § 98.

In den Fällen 2) und 3) kann ein Gericht sogar das Urteil eines anderen Gerichts, nicht bloss sein eigenes Urteil aufheben, ohne dass es die Sache im Instanzenzuge überkommen hätte.

Die Berichtigung von Urteilen ist der St.P.O. unbekannt[5]).

Dass auch eine Ergänzung des Urteils im Strafgesetz nicht möglich ist, ist bereits oben[6]) dargelegt.

II. Anders steht es mit der Urteilsurkunde[7]). Es liesse sich zwar auch eine Gesetzesbestimmung des Inhalts denken, dass die Urteilsurkunde, einmal gültig hergestellt, nicht mehr abgeändert werden könne, dass sie, einmal von allen Richtern unterschrieben, in der damals vorhandenen Fassung massgebend bleibe, und spätere Einschaltungen, Streichungen und dergleichen kraftlos und unbeachtlich seien. Allein im geltenden Recht findet sich kein Anhalt für eine solche Auffassung, und aus dem Wesen der Urteilsbeurkundung folgt das Gegenteil. Denn die Urteilsurkunde hat den Zweck, authentisch Auskunft darüber zu geben, welche Entscheidung, und aus welchen Gründen sie gefällt worden ist; sie ist nicht rein dispositiven Charakters, sondern auch Beweisurkunde. Für sie ist massgebend also der wahre Sachverhalt. Entspricht diesem die ursprüngliche Fixierung nicht, so ist die Urkunde unwahren Inhalts und ihre Änderung muss zulässig sein[8]). Selbstverständlich darf das Gericht durch die spätere Änderung nichts anderes beurkunden, als das, was wirklich als Urteil verkündet worden ist, und nur solche Entscheidungsgründe, die wirklich der Urteilsfällung nach Massgabe der vorangegangenen Beratung zur Grundlage gedient haben[9]). Nur Fehler der Niederschrift, nicht Fehler der Entscheidung sind verbesserbar[10]). Ein Beispiel wäre folgendes: Das Gericht spricht

---

[5]) Liegt freilich wegen Geschäftsirrtums ein gültiges Urteil überhaupt nicht vor, so steht natürlich einer „Berichtigung", die in Wahrheit erst die Urteilsfällung ist und in Form einer solchen erfolgen muss, nichts im Wege, oben § 77 III S. 296 bei Anm. 40. In diesem Sinne ist umzudeuten die von der Praxis und Theorie — vgl. E. XIII, 269, XVII, 230, XXVIII, 82, G.A. XXXVII, 176; Bennecke 708 Anm. 25; Kroschel G.S. LII, 395; Ötker 623 — angenommene Zulässigkeit der Berichtigung „offenbarer Schreib- oder Fassungsfehler", die aber nicht, wie dies gewöhnlich geschieht, in die Form eines Berichtigungsbeschlusses gekleidet werden darf.

[6]) § 61 IV 4, S. 209.

[7]) Der Unterschied zwischen Berichtigung des Urteils und Berichtigung der Urteilsurkunde wird regelmässig in Judikatur und Literatur verkannt. Vgl. aber Ötker 623ff.

[8]) Im Prinzip erkennt auch E. XXVIII, 54 solche nachträgliche Änderung als zulässig an. Bedenklich E. XXVIII, 247, Binding Grdr. 167.

[9]) Vgl. Ötker 626.

[10]) Oben bei Anm. 5.

den Angeklagten frei mit der Begründung, dass ihm der „Vorsatz“ gefehlt habe. Dem Urteilsfasser gerät aber bei der Urteilsabsetzung statt des Wortes „Vorsatz“ das Wort „Absicht“ in die Feder. Nachdem sämtliche Richter unterschrieben haben, wird der Fehler bemerkt. Eine Berichtigung ist zulässig [11]).

Selbstverständlich kann die Berichtigung nur durch übereinstimmende Erklärung sämtlicher unter der Urteilsurkunde unterzeichneten Richter geschehen. Einseitige Abänderung etwa durch den Vorsitzenden allein wäre unkräftig [12]).

Eine solche Berichtigung muss aber auch ohne zeitliche Grenze zulässig sein, insbesondere auch noch nach Einlegung eines Rechtsmittels [13]); denn war das gefällte Urteil in Ordnung, so kann doch unmöglich dadurch eine Anfechtungsmöglichkeit erwachsen, dass hinterher eine gar nicht den Thatsachen entsprechende Beurkundung zu den Akten gebracht wird. Das Rechtsmittel richtet sich doch gegen das Urteil selbst, nicht gegen die Urteilsurkunde. Gewiss wird die Partei Anlass haben, ein Rechtsmittel einzulegen, wenn sie in der Urteilsurkunde irgend welche Verstösse entdeckt. Wird aber durch das Gericht beurkundet, dass diese Verstösse eben nur fälschlich in der Urkunde stehen, nicht wirklich bei der Urteilsfällung vorgefallen sind, so ist die Rücknahme des Rechtsmittels geboten, widrigenfalls Verwerfung desselben erfolgen müsste.

## § 98.

### 6. *Die Rechtskraft des Urteils.*

I. Für jedes gültige [1]) Urteil kommt, wenigstens bestimmungsgemäss [2]), schliesslich einmal ein Zeitpunkt, der das Urteil unangreifbar

---

[11]) A. M. E. XXVIII, 54.

[12]) E. XXIV, 118, XIII, 66. Bennecke 572; Binding Grdr. 167; Ötker 626 Anm. 1.

[13]) A. M. E. XXVIII, 54; Ötker 626 will die Berichtigung nur solange zulassen, als die Urkunde *factum internum* des Gerichts geblieben sei, d. h. nicht mehr von der Zustellung an eine der Parteien ab.

[1]) Nichtige Urteile können nicht in Rechtskraft erwachsen, Binding Grdr. 226. Dagegen werden Prozessfehler, die an sich Anfechtbarkeit des Urteils hätten begründen können, durch die Rechtskraft geheilt, vgl. Bennecke 714 Anm. 24.

[2]) Anders, wenn der Tod des Angeklagten dazwischen tritt. Ein zur Zeit des Todes des Angeklagten noch nicht rechtskräftiges Urteil kann nicht in Rechtskraft erwachsen, daher namentlich nicht Grundlage der Strafvollstreckung sein, auch nicht bei Geldstrafen, vgl. § 30 St.G.B. (Der Tod des [Privat- oder Neben-]Klägers nach gesprochenem Urteil dagegen hindert das Erwachsen des letzteren in Rechtskraft nicht). Ebenso wird die Rechtskraft vereitelt, wenn ein zulässiges und begründetes Rechtsmittel eingelegt, und demgemäss das untergerichtliche Urteil in höherer Instanz aufgehoben wird.

macht, sodass niemand mehr daran rütteln kann. Diese Unumstossbarkeit der Entscheidung heisst die **formale Rechtskraft**.

1. Jener Zeitpunkt der Rechtskraft fällt bei denjenigen Urteilen, gegen die weder ein Rechtsmittel, noch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand[3]) statthaft ist, also bei den oberlandesgerichtlichen und bei den nicht *in absentia* im Sinne des § 234 St.P.O. ergangenen reichsgerichtlichen Urteilen mit dem Zeitpunkte der **Verkündung** des Urteils zusammen.

2. Solche Urteile dagegen, gegen die entweder ein Rechtsmittel oder die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zulässig ist, erlangen Unumstossbarkeit erst mit dem Zeitpunkte, in dem

a) **entweder** sämtliche hinsichtlich des Prozessgegenstandes anfechtungsberechtigten Personen die ihnen gesetzte Frist unbenutzt haben verstreichen lassen oder schon vorher gültig ihren Verzicht auf Anfechtung erklärt haben;

Hat von den mehreren Anfechtungsberechtigten erst einer oder der andere die Frist vertreichen lassen oder seinen Anfechtungsverzicht oder die Zurücknahme des eingelegten Rechtsmittels erklärt, so ist damit in der Richtung gegen und für ihn die sogenannte **relative** (oder beschränkte oder einseitige) **Rechtskraft**[4]) eingetreten.

**oder** b) der eingelegte Rechtsbehelf zurückgenommen worden oder von dem zur Entscheidung darüber berufenen Gericht sei es als unzulässig, sei es als unbegründet rechtskräftig verworfen worden ist[5]).

In allen Fällen ist die Rechtskraft lediglich eine Frage der **Zeit** und eventuell des Geschickes des Prozesses in der Rechtsmittelinstanz. Einer **Bestätigung** durch den Souverän bedürfen dagegen heute die Urteile der civilistischen Gerichte[6]) nicht; dies gilt auch für Todesurteile[7]).

---

[3]) A. M. Bennecke 793 Anm. 21; v. Kries 760, die die Rechtskraft ohne Rücksicht auf die Zulässigkeit der Wiedereinsetzung eintreten lassen wollen.

[4]) Genauer „subjektiv relative Rechtskraft". Über die objektiv relative Rechtskraft vgl. unten § 104 III.

[5]) Im Falle des § 360, ebenso in dem des § 386 tritt die Rechtskraft des Urteils ein mit dem Zeitpunkt, in dem die Frist für den Antrag des § 360 Abs. 2, bezw. des § 386 Abs. 2 unbenutzt abgelaufen ist, oder das Berufungs- bezw. Revisionsgericht den Antrag rechtskräftig zurückgewiesen hat, nicht schon mit der Verwerfung des Rechtsmittels durch den *judex a quo*. Bennecke 737, 761; Ullmann 611. A. M. Birkmeyer 703.

[6]) Auch im Reichsmilitärstrafprozess ist nach der M St.G.O. vom 1. Dezember 1898 eine wahre, die Rechtskraft bedingende Bestätigung der Urteile nur noch bei feld- und bordgerichtlichen Urteilen vorgeschrieben, § 420 M.St.G.O.; bei den anderen militärgerichtlichen Urteilen ist die sogenannte Bestätigung ein reiner Formalakt, der die Rechtskraft nicht schafft, sondern nur deklariert, und der nicht verweigert werden darf, § 416 M.St.G.O.

[7]) St.P.O. § 485 Satz 1.

Mit dem Zeitpunkt allseitiger Unumstossbarkeit erwächst das Urteil in absolute (oder unbeschränkte) Rechtskraft. Ihre Bedeutung ist die, dass dieser Prozess nicht mehr zurückgeschraubt werden kann in das Stadium vor dem Urteil, dass er vielmehr seinen Gang in der Richtung weiter nehmen muss, die ihm das Urteil anweist, beziehungsweise, dass der Prozess, insoweit das Urteil prozesserledigend ist, aufhört, um eventuell Handlungen Raum zu geben, die die Konsequenzen des Urteils ziehen.

Die Rechtskraft tritt für jeden Thäter und jede That separat ein, sodass ein und dasselbe Urteil z. B. insoweit es den A wegen der That 1 verurteilt, rechtskräftig sein kann, ohne es bezüglich der That 2 des A oder bezüglich einer That des mitverurteilten B zu sein. Nur in den Fällen des § 397 St.P.O.[8]) bewirkt die von einem Mitverurteilten eingelegte Revision zugleich die Suspension der Rechtskraft bezüglich der übrigen Verurteilten[9]).

Diese formale Rechtskraft befähigt insbesondere das verurteilende Urteil, Grundlage der Strafvollstreckung zu werden. Der Klageberechtigte erwirbt durch die Rechtskraft das Recht auf Urteilsvollzug, das Strafvollstreckungsrecht.

II. Die formale Rechtskraft des Urteils dient nur der Ordnung im Einzelprozess. Sie verhütet nur, dass ein Prozess auf seinen Ausgangspunkt oder überhaupt in ein früheres Stadium zurückgeworfen wird. Sie bewirkt, dass der Prozess einmal zur Ruhe kommt. Dass nach Durchführung des ersten Prozesses ein neuer Prozess von Grund auf neu aufgebaut wird, der möglicherweise ein anderes Ergebnis, als der erste bringt, das hindert die formale Rechtskraft in keiner Weise. Gäbe es nur formale Rechtskraft, so könnte namentlich der Kläger unermüdlich in einer und derselben Strafsache gegen den rechtskräftig Freigesprochenen von neuem klagen. Die formale Rechtskraft hindert nur, das Urteil umzustossen, aber sie hindert nicht, es zu ignorieren und widersprechende Entscheidungen zu erzielen. Wäre nun eine solche Häufung von Prozess auf Prozess unbeschränkt statthaft, so würde nicht allein die Rechtssicherheit beseitigt, sondern auch die Autorität der Rechtsprechung untergraben sein. Dies

---

[8]) Unten § 133.

[9]) Ebenso Voitus Kontr. II, 42; Isenbart 2 zu § 481. Dagegen die H. M., so Bennecke 793 Anm. 25. Die Frage ist von Wichtigkeit für die Strafvollstreckung, siehe unten § 139.

zu verhüten greift die sogenannte materielle Rechtskraft ein[10]. Die materielle Rechtskraft ist eine Folgeerscheinung der formellen, so, dass sie diese voraussetzt. Doch ist sie nicht notwendig mit ihr verbunden: es giebt Urteile, die nur der formalen, nicht der materiellen Rechtskraft fähig sind.

Dass Strafurteile der materiellen Rechtskraft fähig sind, ist in der St.P.O. nicht ausdrücklich ausgesprochen. Gleichwohl ist ihre Geltung unbestritten. Sie ergiebt sich aus dem rechtsgeschichtlichen Zusammenhang und *per argum. e contrario* aus den Bestimmungen über die Wiederaufnahme des Verfahrens, wonach ein neues Verfahren nur ausnahmsweise zulässig ist[11].

Die Bedeutung der materiellen Rechtskraft ist die, dass die einmal rechtskräftig abgeurteilte Strafsache nicht abermals zum Gegenstande eines Strafverfahrens gemacht werden darf. Und zwar darf sie dies deswegen nicht, weil das materiell rechtskräftige Urteil die auf diese Strafsache bezüglichen Klagerechte konsumiert. Hat der Kläger einmal die Strafjustiz ausgelöst, so kann er dies nicht noch einmal: *Ne bis in idem*[12].

Während also die formelle Rechtskraft nur im Rahmen des einzelnen Prozesses Bedeutung hat, wirkt die materielle über den Einzelprozess hinaus, grundsätzlich für alle Zukunft. Das materiell rechtskräftige Urteil ist das letzte Wort in der Angelegenheit. Mit der Institution der materiellen Rechtskraft können freilich auch Unzuträglichkeiten verbunden sein. Sie verhütet, dass untergelaufene Irrtümer durch einen neuen Prozess wieder gut gemacht werden, dass die neue bessere Erkenntnis noch verwertet wird. So kann z. B. der Mörder nicht mehr bestraft werden, wenn das Gericht in Unkenntnis des wahren Sachverhalts ihn freigesprochen hatte, mag auch nachher seine Schuld klar zu Tage treten[13]. Aber derartige Folgen müssen mit in den Kauf genommen werden; die allgemeine Rechtssicherheit steht höher, als das Interesse an richtiger Aburteilung jedes einzelnen Falles.

---

[10]) Vgl. Heinze G.A. XXIV, 283; Bennecke 709; Zachariae II, 655; v. Kries 593; Ullmann 626; Schanze Z. IV, 452.

[11]) Vgl. Zachariae II, 655; Ullmann 626; Bennecke 709; Max Berner *Ne bis in idem* 1; Löwe 28a zu Buch 2 Abschn. 1; v. Schwarze H. H. II, 332; Glaser Grünhuts Ztschr. XII, 303; E. XV, 237; R IX, 99; Zitzlaff G.A. XLII, 208; Glücksmann, Rechtskraft der strafprozessualen Entscheidung über Einziehung u. s. w. 1 ff.; Herschel, Rechtskraft der strafprozessualen Entscheidung über Einziehung u. s. w. 6.

[12]) Vgl. Planck 131.

[13]) Abgesehen von den Ausnahmefällen der Wiederaufnahme des Verfahrens.

Die Wirkungen der materiellen Rechtskraft liegen ausschliesslich auf prozessualem Gebiet[14]). Sie sind das, was man für das römische Civilprozessrecht als die negative Funktion der *res judicata* zu bezeichnen pflegt. Eine positive Funktion, ein Wirken des Urteilsinhalts für den materiellen Anspruch, wie es für den heutigen Civilprozess das Wesen der materiellen Rechtskraft ausmacht, weist die strafprozessuale Rechtskraft nicht auf[15]). Die rechtskräftige Verurteilung macht den Unschuldigen nicht zum Verbrecher, die rechtskräftige Freisprechung vernichtet nicht den Strafanspruch. Hinsichtlich des Strafanspruchs wirkt das Strafurteil rein deklaratorisch, nicht konstitutiv; auch die Strafzumessung ist Ermittelung, nicht Setzung der rechten Strafgrösse. Der Umstand, dass Strafprozess und Strafurteil zur Verwirklichung eines Strafanspruchs unumgänglich nötig sind[16]), spricht nicht hiergegen.

Man könnte geneigt sein, von einer positiven Rechtskraftwirkung z. B. im Hinblick auf St.G.B. §§ 244, 264, 362 Abs. 2 Satz 3, St.P.O. § 56² oder auf sonstige Berücksichtigung der „Vorstrafen" zu sprechen. Allein in Wahrheit kommt hier nicht eine Rechtskraftwirkung zum Vorschein, sondern es genügt das reine Faktum der rechtskräftig gewordenen Verurteilung, um Sonderfolgen auf einem ausserhalb des Strafanspruchs liegenden Gebiete herbeizuführen. Auf gleicher Linie würde etwa für den Civilprozess ein Vertrag zwischen A und B, der auf die Bedingung des rechtskräftigen Obsieges des A in einem anhängigen Prozesse wider B gestellt wäre, stehen: die Einwirkung auf das Vertragsverhältnis wäre keine Rechtskraftwirkung.

Die *res judicata* ist demnach eine negative Prozessvoraussetzung. Ist *res judicata* gegeben, so muss das etwa eingeleitete neue Verfahren mit Einstellung (nicht mit Freisprechung) enden[17]). Ein zweites Verfahren nach rechtskräftigem Urteil ist nichtig. Ob *res judicata* vorliegt, hat das Gericht in jedem Verfahren von Amtswegen zu prüfen[18]).

---

[14]) A. M. E. XXV, 27: der Satz *Ne bis in idem* sei nicht bloss prozessualer, sondern zugleich materiellrechtlicher Natur, indem er durch Ausschluss einer weiteren Strafverfolgung (NB.!) die Straflosigkeit der That in ihrem ganzen Umfange . . . begründe und dem Angeklagten ein materielles (?) Schutzrecht verleihe. Hier sind materielle und prozessuale Gesichtspunkte in unzulässiger Weise vermengt. Sachlich steht das Reichsgericht durchaus auf dem im Text vertretenen Standpunkt. Richtig **R.** VI, 145.

[15]) Anders Bennecke 706; Birkmeyer 679. Wie im Text Binding I, 194.

[16]) Vgl. Bierling **Z.** X, 289.

[17]) E. XXIII, 230, VII 355, IX, 14, XVIII, 272, XXX, 340; **R.** III, 47, 240, 479; Bennecke 716; v. Kries 600.

[18]) Nicht bloss auf Grund einer *„exceptio rei judicatae"*. Bennecke 716 Anm. 38.

Materielle Rechtskraft kommt prinzipiell nur den Urteilen deutscher Gerichte zu [19]. Bei der kulturellen Verschiedenheit der Staaten, bei den politischen und sonstigen Gegensätzen, wäre es unthunlich, wollte das Deutsche Reich fremdstaatliche Urteile mit der Wirkung ausstatten, dass sie die deutschrechtlichen Klagerechte konsumieren. Es ist somit grundsätzlich trotz ausländischer Prozedur, sie möge mit Freisprechung oder mit Verurteilung geendet haben, es möge die etwa verhängte Strafe verbüsst sein oder nicht, ein neuer Strafprozess vor deutschen Gerichten ungehindert. Kommt es in diesem Prozess zu einer Verurteilung, so muss aber, um nicht eine Doppelbestrafung eintreten zu lassen, die etwa im Auslande verbüsste Strafe auf die jetzt zu verhängende angerechnet werden, § 7 St.G.B. [20]. Nur ausnahmsweise macht das Urteil eines ausländischen Gerichts, *res judicata* für uns, nämlich wenn die That nur unter dem Gesichtspunkte des § $4^3$ St.G.B. deutschrechtlich strafbar erscheint, und entweder eine ausländische Freisprechung rechtskräftig erfolgt ist, oder die dort rechtskräftig verhängte Strafe dort voll abgebüsst ist, § $5^1$ St.G.B. Auch in diesem Falle ist die Klagenkonsumtion jedoch nicht immer restlos; es bleibt noch statthaft ein deutscher Nachtragsprozess, gerichtet auf Verhängung von Ehrenfolgen, sofern der Thäter ein Deutscher war, St.G.B. § 37.

Die materielle Rechtskraft ist nach Entstehung und Wirkung ganz unabhängig von der Prozessform; sie hindert jeden Strafprozess mag das Urtheil ergangen sein in welcher Form des Verfahrens es sei [21]. So ist auch das Urteil im Privatklageverfahren unbeschränkt mit kon-

---

19) Vgl. hierzu Binding, Hdb. I, 446, Birkmeyer 677, Ullmann 206 Anm. 1, 636, Lammasch in v. Holtzendorffs Handb. des Völkerrechts III, 567, ders. G.S. XLI, 1 und *mut. mut.* Beling Z. XVII. 361 ff., 366 ff.

20) Vgl. Beling Z. XVII, 356 ff.

21) Inwieweit Beschlüsse und Verfügungen sowie polizeiliche und administrative Straffestsetzungen materieller Rechtskraft fähig sind, darüber s. unten §§ 99, 100, 148, 149. Dass die Entscheidungen von Sondergerichten Rechtskraft machen, wird sich füglich nicht bezweifeln lassen. Bennecke 715; Berner *Ne bis in idem* 12. Deshalb kann der vom Militärgericht rechtskräftig Abgeurteilte bei späterem Eintritt unter die Civilgerichtsbarkeit nicht von neuem verfolgt werden. Die Rechtskraftwirkung kann aber nur an Entscheidungen im „Strafprozess" geknüpft sein, nicht im Disziplinarprozess u. s. w. R. II, 535, E. XXII, 1, Bennecke 711, Löwe 29a zu Buch 2 Abschn. 1, Berner *Ne bis in idem*, 7. Ob ein „Strafprozess" oder ein „Disziplinarprozess" u. s. w. vorliegt, richtet sich nach der Form des Verfahrens, nicht nach der materiellrechtlichen Natur der zu verhängenden Massregel. Deshalb ist die disziplinarische Ahndung einer That auch im Falle des § 3 E.M.St.G.B. keine strafprozessuale, sie schafft somit keine Rechtskraft, A. M. E. XXII, 1; für die Zukunft ist die Frage durch § 157 M.St.G.O. im Sinne des Reichsgerichts entschieden.

sumierender Wirkung ausgerüstet[22]). Nicht anders wirkt das im objektiven Verfahren ergangene rechtskräftige Strafurteil in seinem vollen Umfange konsumierend, wie auch umgekehrt das im Regelverfahren ergangene Urteil ein objektives Verfahren unmöglich macht[23]). Da freilich das objektive Verfahren nicht den Prozessgegenstand in vollem Umfange, sondern nur einen Ausschnitt daraus betrifft[24]), so ist die Konsumtion durch objektives Urteil keine volle[25]).

Soll aber das Klagerecht konsumiert sein, so ist Voraussetzung, dass der geltend gemachte Anspruch bis in die Tiefe hinein geprüft worden ist, d. h. dass überhaupt eine materiellrechtliche Prüfung stattgefunden hat. Dem Kläger würde Unrecht geschehen, wenn er seines Klagerechts beraubt würde, ohne dass der Klagegegenstand selbst zur Aburteilung gestanden hätte. Somit sind Formalurteile der materiellen Rechtskraft unfähig. Nur das verurteilende und das freisprechende Urteil (mit ihren Abarten, insbesondere den gleichstehenden Urteilen des objektiven Verfahrens) sind der materiellen Rechtskraft fähig[26]). Für das Einstellungsurteil nach § 259 St.P.O. speziell ergiebt sich hiernach die Konsequenz, dass es das Strafklagerecht unter dem Gesichtspunkt des Antragsdelikts intakt lässt[27]). Da aber das Einstellungsurteil eine latente Freisprechung nach allen andern Richtungen hin in sich birgt, so muss ihm in dieser Hinsicht materielle Rechtskraft zugestanden werden[28]). Das Einstellungsurteil nach § 429 St.P.O. dagegen ist der materiellen Rechtskraft nicht fähig[29]), denn es ist rein formaler Natur, es enthält keine latente Entscheidung über den Strafanspruch selbst.

---

[22]) R. III, 240.

[23]) Nicht übereinstimmend E. V, 101, XIV, 161; R. III, 563, VIII, 400. Wie im Text Bennecke 712 Anm. 14, E. VIII, 349, R V, 389, Olshausen 12 zu § 42 St.G.B.

[24]) Oben § 61 V 4.

[25]) Hierüber unten § 152.

[26]) R. III, 479, X, 245; Bennecke 710.

[27]) Also neue Klage zulässig, nicht etwa Wiederaufnahmeverfahren, Bennecke 710 Anm. 8, Löwe 29e zu Buch 2 Abschn. 1, v. Kries 601. A. M. E. VII, 355.

[28]) Wäre z. B. eine Äusserung unter dem Gesichtspunkt der Beleidigung aufgefasst, und dieserhalb das Verfahren eingestellt worden, so wäre nachher ein Verfahren dieser Äusserung halber etwa unter dem Gesichtspunkt der Bedrohung, der Erpressung u. s. w. nicht zulässig. Übereinstimmend mit der Auffassung des Textes R. X, 245. III, 350, 479. Vgl. auch Friedmann, Grünhuts Ztschr. XXIII, 595; Löwe 29e zu Buch 2 Abschn. 1; auch Birkmeyer 676. A. M. Bennecke 710 Anm. 8, der dem Einstellungsurteil die Rechtskraft nur insoweit zugesteht, als die neue Klage sich auf ein Offizialdelikt stütze.

[29]) Bennecke 710.

Ihrem Umfange nach greift die materielle Rechtskraft nicht weiter, als der Prozessgegenstand reicht. Nur über diesen selben Gegenstand ist weitere Prozedur unzulässig, *Ne bis in idem*. Das oben über die Identität Entwickelte[30]) ist somit für die materielle Rechtskraft unmittelbar präjudizierlich[30a]).

Andererseits bedingt aber die Unteilbarkeit des Prozessgegenstandes in Verbindung mit der dem Gericht eröffneten Möglichkeit einer Aburteilung nach allen Richtungen hin, insbesondere auch im Hinblick auf § 264 St.P.O., dass die materielle Rechtskraft das Klagerecht bezüglich des ganzen Prozessgegenstandes ungeteilt ergreift.

1. Sie berührt deshalb nicht bloss den Strafanspruch, sondern den gesamten Anspruchskomplex, der den Gegenstand des Prozesses bildet, also insonderheit auch die verwaltungsrechtlichen Massregeln[31]).

2. Die Rechtskraft ergreift den Prozessgegenstand in voller Ausdehnung, beschränkt sich nicht auf diejenigen quantitativen Teile, die ausdrücklich erörtert worden sind. Eine im Urteil vergessene Nebenstrafe z. B. kann nicht nachträglich noch verhängt werden. Der Satz der C.P.O. (§ 322, früher 293)

„Urteile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den . . . Anspruch entschieden ist“,

gilt für den Strafprozess nicht[32]), was mit der Unzulässigkeit einer Anspruchszerteilung zusammenhängt. Eine Ausnahme gilt aber für die Fälle, in denen der Prozess sich kraft gesetzlicher Notwendigkeit auf einen blossen Teil des Anspruchskomplexes beschränkte. Dies trifft zu für das objektive Verfahren: Das objektive Strafurteil wirkt konsumierend nur hinsichtlich des Einziehungs- (Unbrauchbarmachungs-) Anspruchs[33]). Der Rest des zusammengehörigen Anspruchskomplexes[34]) bleibt unberührt. Dagegen würde das im Vollstrafverfahren ergangene Urteil, freisprechend oder verurteilend, keine Möglichkeit übrig lassen,

---

[30]) § 61 VI.

[30a]) Man darf nicht, wie Kohlrausch Prozess. Behandlung der Idealkonkurrenz 48—59, das Problem der Identität dadurch umgehen wollen, dass man alles auf „Zweckmässigkeit“ und „Billigkeit“ abstellt.

[31]) Die gegenteilige Meinung, von mir geäussert in Z. XVIII, 271 Anm. 4, ist unhaltbar.

[32]) Vgl. aber unten bei Anm. 53.

[33]) und zwar in der Beschränkung auf die konkreten Anspruchsobjekte, um die es sich handelte, vgl. unten § 152.

[34]) Oben § 61 II.

später ein objektives Verfahren gegen diesen Beschuldigten (als nunmehrigen Einziehungsinteressenten) bezüglich derselben That anhängig zu machen.

3. Die materielle Rechtskraft beschränkt sich nicht bloss auf die juristische Würdigung unter dem einen oder anderen Gesichtspunkt. Der rechtskräftig Freigesprochene oder Verurteilte ist geschützt gegen jedes Strafverfahren, unter welchem Gesichtspunkt es auch sei, immer vorausgesetzt, dass es sich um *eadem res* handelt[35]). Ist der Thäter wegen unbefugten Schiessens rechtskräftig zu 1 Mark Geldstrafe verurteilt, oder ist er rechtskräftig freigesprochen, so kann dieser Vorgang auch dann nicht zum Gegenstande eines neuen Prozesses gemacht werden, wenn sich etwa herausstellen sollte, dass die That einen Mord darstellt. *Idem factum,* nicht *idem crimen,* ist die Bedeutung der *eadem res.* Deshalb ist es auch insbesondere nicht möglich, nach rechtskräftigem Urteil ein Verfahren zu dem Behufe herbeizuführen, um die That noch in idealer Konkurrenz unter einen anderen rechtlichen Gesichtspunkt zu bringen[36]).

4. Die Rechtskraft schneidet weiteres Prozedieren nicht bloss auf der Grundlage der im Urteil verwerteten Thatsachen ab, sondern erstreckt sich auf den gesamten zusammengehörigen Thatsachenkomplex[37]). Späteres Bekanntwerden der einen oder anderen dieser Thatsachen giebt zu einem erneuten Verfahren keine Handhabe. Denn *de jure* war das Gericht ja in dem früheren Verfahren völlig in der Lage, diesen gesamten Thatsachenkomplex zu verwerten; und hat es das unterlassen, weil es einzelne Stücke dieses Komplexes gar nicht kannte oder für unerheblich hielt, so ändert das doch nichts daran, dass der Strafanspruch einmal vom Gericht geprüft worden ist, und dies genügt, um ferneren Prozeduren einen Riegel vorzuschieben. Deshalb ist namentlich auch in dem Falle ein neuer Strafprozess unstatthaft, wenn sich herausstellt, dass die rechtskräftig abgeurteilte That lediglich ein Stück eines als Handlungseinheit zusammengehörigen Thatsachenkomplexes war. Ist also z. B. aus einem fortgesetzten Verbrechen oder einem Kollektivdelikt einer der Einzelakte rechtskräftig abgeurteilt worden, so ist damit das Klagerecht bezüglich des ganzen

---

[35]) Vgl. E. XXV, 27; XV, 237; III, 132, 210; VIII, 135; XIII, 146; II, 347; R. IX, 99; II, 654, 671; VI, 145; III, 47, 343; Bennecke 712; v. Kries 599; Berner *Ne bis in idem* 51; Glaser II. 65; Löwe 30 zu Buch 2 Abschn. 1.

[36]) R. II, 671; V, 52; E. III, 211; Löwe 30a zu Buch 2 Abschn. 1.

[37]) Bennecke 712; Berner *Ne bis in idem* 49; E. XXI, 276.

Strafanspruchs konsumiert. Es bleiben so eine Reihe von Einzelakten ungesühnt, was aber nach dem Grundgedanken der materiellen Rechtskraft nichts Verwunderliches hat. Dabei kann es auch nicht darauf ankommen, ob die Anklage oder der Eröffnungsbeschluss etwa nur einen Ausschnitt aus dem Thatsachenkomplex namhaft gemacht hatten. Eine solche Selbstbeschränkung wäre zufolge der Einheit und Unteilbarkeit des Prozessgegenstandes unmöglich. Eine sich durch den August und September hinziehende, als gewerbmässiges Wildern zu charakterisierende Handlungseinheit z. B. bildete ja in vollem Umfange den Gegenstand des Prozesses, ungeachtet des Umstandes, dass vielleicht den Behörden die Septemberakte unbekannt waren. Lautete deshalb das Urteil auch nur auf die Augusthandlungen, so konsumiert es das Strafklagerecht auch mit Rücksicht auf die Septemberhandlungen[88]).

Keine Ausnahme von dem Grundsatze *ne bis in idem* ist darin zu finden, dass die Konsumtion die nach dem Urteil vorgenommenen Einzelhandlungen nicht mit ergreift; denn nach den Grundsätzen des materiellen Strafrechts findet die Möglichkeit der Bildung einer Handlungseinheit aus mehreren Einzelakten ihre zeitliche Grenze an dem Urteil, sodass von da ab eine neue selbständige, real konkurrierende That beginnt, und deren Konsumtion durch das Urteil somit selbstverständlich ausgeschlossen ist. —

Da der Identität ausser den objektiven auch subjektive Grenzen gezogen sind, insofern von Identität eines Anspruchs nur dann die Rede sein kann, wenn beide Male das verpflichtete Subjekt dasselbe ist, so ergiebt sich wie für den Civilprozess, so auch für den Strafprozess der Satz: *res judicata jus facit inter partes,* die Rechtskraft wirkt nur zwischen den Parteien. Hierbei ist nicht an die Parteien im formellen Sinne[89]) zu denken. Die Rechtskraft zerstört

---

[88]) A. M. Bennecke 713; v. Kries 599. Wie im Text E. VII, 32, 229; IX, 344; XXIII, 230; R. III, 739; IV, 691; VII, 670; V, 766; Löwe 30c zu Buch 2 Abschn. 1; Binding, Handb. I, 560. Das Reichsgericht will jedoch in einzelnen Urteilen abweichend die Fälle der Freisprechung behandeln: letztere decke nur die ausdrücklich im Prozess erörterten Einzelakte; Entsprechendes soll gelten für den Fall, dass im ersten Verfahren die Zusammengehörigkeit der Einzelakte zu einer Handlungseinheit verneint worden sei. E. XXIII, 230; XXIV, 419; R. VII, 670; zustimmend Kohler Jur. L.Bl. VI, 119. Dabei ist verkannt, dass die Auffassung des Richters im ersten Prozess über Identität oder Nichtidentität den Richter im zweiten Prozess nicht bindet, vgl. diesen § a. E. Stellt der zweite Richter Nichtidentität fest, so kann natürlich von *ne bis in idem* keine Rede sein, liegt dagegen nach seiner Auffassung Identität vor, dann ist die Sache eben mit dem rechtskräftigen Urteil des ersten Prozesses abgethan. Richtig die Entscheidung in E. XXVI, 299.

[89]) Oben S. 245.

vielmehr alle Klagerechte sämtlicher Berechtigten; ist im Verfahren auf öffentliche Klage rechtskräftig erkannt, so sind damit auch die korrealen Klagerechte der übrigen Staaten[40]), sowie die Privatklagerechte abgethan; und ist auf Privatklage hin rechtskräftig erkannt, so sind damit konkurrierende Privatklagerechte (§ 415 St.P.O.) und nicht minder alle Staatsklagerechte wegen der That abgethan. Wohl aber richtet hier der materielle Parteibegriff[41]) eine Schranke für die Rechtskraft auf insoweit, als er die Identität des Anspruchs beeinträchtigt[42]).

Demnach erstreckt sich die Rechtskraft des gegen den Hauptthäter ergangenen Urteils nicht auf Anstifter und Gehülfen. Die rechtskräftige Freisprechung des Hauptthäters hindert nicht die spätere Verurteilung des Anstifters und des Gehülfen, seine rechtskräftige Verurteilung hindert nicht deren Freisprechung[43]). Das Strafverfahren gegen A wegen Beleidigung oder Körperverletzung des B präjudiziert nicht dem Strafverfahren gegen B wegen einer im Retorsionskonnex stehenden That. Desgleichen steht das Strafverfahren gegen A einem objektiven Verfahren gegen B als Einziehungsinteressenten, oder umgekehrt, das objektive Verfahren gegen B als Einziehungsinteressenten nicht einem Vollstrafverfahren gegen A entgegen, ebensowenig hindert die rechtskräftige Ablehnung eines gegen C gerichteten objektiven Verfahrens die nachherige Einziehung u. s. w. gegen D, auch nicht soweit ein und derselbe Einziehungsgegenstand in Frage steht[44]).

Liegt dagegen trotz Mehrheit der berechtigten Personen Einheit des Anspruchs vor[45]), so wirkt das rechtskräftige Urteil für und gegen alle diese Berechtigten. Wenn z. B. der Thäter im Verfahren wegen Diebstahls von einem preussischen Gericht rechtskräftig freigesprochen worden ist, so ist es unstatthaft, ihn hinterher wegen der That unter

---

[40]) Oben S. 218; Binding Grdr. 278.

[41]) Oben S. 245.

[42]) Oben S. 211.

[43]) Selbst abgesehen von dem Falle, dass persönliche Strafausschliessungsgründe vorliegen. — Bennecke 712 Anm. 13; v. Kries 599; Löwe 31aa zu Buch 2 Abschn. 1; R. VI, 603.

[44]) Gewiss können sich so widersprechende Urteile herausstellen; es kann vorkommen, dass die Unbrauchbarmachung der Platten etc. gegenüber dem A abgelehnt, gegenüber dem B bezüglich derselben Platten ausgesprochen wird; dann ist eine Vollstreckung eben nur gegen B statthaft, und wenn A unter dieser gegen B vorgenommenen Vollstreckung leidet, so ist dies nur eine Reflexwirkung, keine Aufhebung des zu seinen Gunsten ergangenen Urteils.

[45]) Oben § 61 VI 1 Abs. 2 und 3.

dem Gesichtspunkt eines preussischlandesrechtlichen Forstdiebstahls zu bestrafen [46]). —

Eine Durchbrechung der Grundsätze von der materiellen Rechtskraft stellen dar:

α) die Sätze über die Wiederaufnahme des Verfahrens [47]),

β) die aus §§ 74, 79 St.G.B. sich ergebende Nötigung zur Bildung einer Gesamtstrafe [48]).

Ferner aber muss γ) eine Durchbrechung der materiellen Rechtskraft insoweit angenommen werden, als das Gericht rechtlich gehindert war, die Strafsache durch Sachurteil abzuthun. Wenn nämlich grundsätzlich die Rechtskraft den Anspruchskomplex ungeteilt ergreift [49]), so ist doch dabei vorausgesetzt, dass das Gericht, wenn auch vielleicht nicht faktisch [49a]), so doch immer *de jure* in der Lage war, den Anspruchskomplex ganz abzuthun. Dies trifft in der That zwar regelmässig zu. Auch wo es sich etwa um eine Würdigung der That unter einem nicht ausdrücklich erwähnten juristischen Gesichtspunkt handelt, gilt nichts anderes. Jedes Gericht, es sei durch öffentliche oder Privatklage mit der Sache befasst, hat die That auf ihre Subsumierbarkeit unter irgend ein Strafgesetz hin zu prüfen, und eventuell sich der Aburteilung zu enthalten (§§ 270, 429); urteilt es die Sache ab, so liegt darin eine latente Freisprechung bezüglich aller der Gesichtspunkte, die nicht Erwähnung im Urteil finden.

Aber es giebt Fälle, in denen diese schrankenlose Freiheit des Gerichts nicht besteht, sondern dieses — unbewusst oder sogar mit sehenden Augen — es unterlassen muss, die That unter bestimmten juristischen Gesichtspunkten zu prüfen. Es wäre widersinnig, wenn solchenfalls auch für die ungeprüften und unprüfbaren Gesichtspunkte Rechtskraft

---

[46]) Dass die Freisprechung durch ein preussisches Gericht einem neuen Verfahren vor einem ausserpreussischen Gericht wegen eines z. B. sächsischrechtlichen Forstdiebstahls nicht entgegenstünde, hat seine besonderen Gründe, unten bei Anm. 51.

[47]) Unten § 134.

[48]) Beispiel: A ist wegen der That X zu 3 Monaten Gefängnis verurteilt und wird nunmehr wegen der unter § 79 St.G.B. fallenden That Y zu Zuchthaus verurteilt. Es erfolgt Aufhebung der 3monatigen Gefängnisstrafe und Bildung einer Zuchthausgesamtstrafe. Vgl. auch St.P.O. §§ 492, 494 Abs. 3. Ferner oben § 95 I 1 a β 2.

[49]) Oben S. 412.

[49a]) Faktische Unmöglichkeit erschöpfender Aburteilung hindert die Rechtskraft nicht. Nicht zutreffend Kohlrausch, Prozessuale Behandlung der Idealkonkurrenz 62.

eintreten sollte. Das Urteil erscheint hier nur als ein Vorbehaltsurteil.

Der wichtigste hierher gehörige Fall ist der, dass bezüglich eines Antragsdelikts der Strafantrag fehlte oder nur unter bestimmtem Gesichtspunkt vorlag. Hier muss die nachträgliche Prüfung der That unter dem damals dem Gericht vorenthaltenen Gesichtspunkt zulässig sein[50]). Wäre der Angeklagte also z. B. wegen Tierquälerei zu 3 Tagen Haft rechtskräftig verurteilt, so könnte die ideell konkurrierende Körperverletzung nach Stellung des Strafantrags immer noch verfolgt werden.

(Eine Ausnahme hiervon ergiebt sich allerdings für das Privatklageverfahren aus § 415 St.P.O.)

Ähnlich verhält es sich mit der Prüfung der That unter dem Gesichtspunkt des Landesstrafrechts. Da dieses nur von den Gerichten des betreffenden Partikularstaates selbst gehandhabt werden kann, so muss die Aburteilung der That durch ein Gericht eines anderen Staates noch immer die Möglichkeit übrig lassen, die That unter das Partikulargesetz zu subsumieren[51]).

In den Fällen eines solchen Nachverfahrens bezüglich derselben That muss natürlich immer dem § 73 St.G.B. Rechnung getragen, also selbstverständlich Kumulation der Strafen vermieden werden. War also eine Strafe in dem ersten Urteil aus dem schwereren Strafgesetz verhängt, so würde das Nachtragsurteil lediglich hinzuzusetzen haben, dass die Strafe auch wegen des ideell konkurrierenden leichteren Delikts verhängt werde. War die Strafe in dem ersten Urteil aus dem leichteren Strafgesetz verhängt, so muss das erste Urteil aufgehoben, und die Strafe nunmehr aus dem schwereren Strafgesetz zugemessen werden. —

Wie im Civilprozess (C.P.O. § 322, früher 293), so kommt die materielle Rechtskraft nur der Urteilsdecisive zu, sie gilt nur insoweit „entschieden ist“ über den Prozessgegenstand. Die

---

[50]) Reiffel G.A. XLII, 90; XLIV, 130, der zutreffend die gegenteilige Reichsgerichtspraxis bekämpft; Köhler, Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz 180; Olshausen 38 Abs. 2 zu § 73 St.G.B.; Geyer 841; Keller 7 zu § 263; Ullmann 630; Kohlrausch, Prozessuale Behandlung der Idealkonkurrenz 61. Teilweise a. M. Binding I, 633 ff. A. M. E. III, 384; R. III, 100; E. XXIII, 307; Habermaas Idealkonkurrenz 37; Stenglein 8h zu § 151; Löwe 30b zu Buch 2 Abschn. 1 (früher anders); Glaser II, 53; v. Kries 595.

[51]) In E. XXIX, 156 findet sich die Frage gestreift. Die Entscheidung bezieht sich zwar *in concreto* auf eine polizeiliche Strafverfügung, enthält aber auch, gerade gemünzt auf die Unmöglichkeit der Anwendung fremden Partikularstrafrechts, einen Satz von allgemeiner Tragweite: „nur da, wo der Richter in der Lage sei, über die Grenzen der Anschuldigung hinauszugehen, komme seinem Urteil abschliessende Bedeutung zu.“ Das Reichsgericht scheint also mit dem im Texte Gesagten übereinzustimmen. Ebenso wohl Binding Grdr. 278.

Einzelfeststellungen, durch die hindurch das Gericht zu der Entscheidung gelangt ist[52]), erwachsen nicht in Rechtskraft[53]).

Durchaus der Rechtskraft unfähig sind also die Urteilsgründe[54]). Jedes Gericht kann in voller Freiheit Feststellungen treffen, die den in einem früheren rechtskräftigen Urteil getroffenen diametral zuwiderlaufen. Hat das rechtskräftige frühere Urteil den Hauptthäter verurteilt, so kann im Verfahren gegen seine Teilnehmer festgestellt werden, dass jener gar keine strafbare Handlung begangen hat; hat es ihn freigesprochen, so kann jetzt festgestellt werden, dass er die That doch begangen hat u. s. w.[55]). Desgleichen beeinflussen die Feststellungen die zur Anwendung oder Nichtanwendung der Kompensation gegen den einen Thäter führten, in keiner Weise den Prozess gegen den anderen Thäter, es kann z. B. dem jetzigen Beschuldigten sehr wohl die Kompensation versagt werden, während sie dem Gegenthäter gewährt worden war[56]).

In logischer Folge ergiebt sich daraus weiter auch, dass die Frage, ob eine Strafsache mit einer früher rechtskräftig entschiedenen identisch ist, von jedem jeweilig mit der Sache befassten Gericht in voller Freiheit zu beurteilen ist ohne Rücksicht darauf, welche Meinung das rechtskräftige Urteil darüber ausspricht[57]).

Hat z. B. das Gericht im ersten Prozess eine Handlung unbefugten Jagens als Einzelhandlung in einer Kette real konkurrierender Thaten aufgefasst, während sie dem Gericht im zweiten Prozess als unselbständiges Stück gewerbsmässigen Wilderns erscheint, so ist eben Identität vorhanden, mag auch das Gericht im ersten Prozess ausdrücklich die Identität geleugnet haben.

## § 99.

### β. Andere prozesserledigende Entscheidungen.

I. Die Prozesserledigung erfolgt nicht notwendig durch Urteil. Die nach Abzug der Urteile übrig bleibenden prozesserledigenden Entscheidungen sind Beschlüsse und Verfügungen; zu ihnen

---

[52]) Oben S. 317, 214.

[53]) Bennecke 707.

[54]) Anscheinend verkannt in E. XXII, 351; vgl. dagegen Beling Z. XVIII, 271.

[55]) Vgl. Birkmeyer 674; Bennecke 712, 713 Anm. 17; v. Kries 599, 600; Löwe 30c zu Buch 2 Abschn. 1; Kroschel G.S. LIII, 408; Schanze Z. IV, 466; E. V, 101, IX, 5, XIV, 342; R. III, 563, VI, 395, VIII, 570. Anders Kohlrausch, Proz. Behandlung der Id.-Konk. 13.

[56]) Steinitz, Kompens. 64.

[57]) Übereinstimmend E. XV, 133, XXI, 78. A. M. war der Oberreichsanwalt bei E. XXI, 78. Auch R. VIII, 643; E. XV, 23, XXVI, 162.

gehören auch die „Befehle“, die ihrem Wesen nach Beschlüsse oder Verfügungen sein können [1]).

Beschlüsse und Verfügungen sind regelmässig Formalentscheidungen (Beispiele: Ablehnung einer Voruntersuchung wegen Unzulässigkeit der Strafverfolgung; Einstellung des Verfahrens wegen *res judicata;* Ablehnung eines Wiederaufnahmeantrages als unzulässig u. s. w.).

Für Sachentscheidungen ist grundsätzlich die Urteilsform geboten, wenigstens insoweit sie in der Hauptverhandlung ergehen. Insoweit ausserhalb einer Hauptverhandlung über die Sache selbst entschieden wird, geschieht dies allerdings durch Beschluss oder Verfügung [2]) (so Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens aus materiellrechtlichen Gründen, Strafbefehl, Ablehnung des im Klageprüfungsverfahren gestellten Antrags u. s. w.).

Den Unterschied zwischen Beschlüssen und Verfügungen wollten die Motive zum ersten Entwurf der St.P.O. [3]) dahin festlegen, dass „Beschlüsse“ von einem Kollegium, „Verfügungen“ von einem einzelnen Richter erlassen würden. Das Gesetz ist bewusstermassen von dieser Terminologie abgegangen [4]), ohne sich über eine andere bestimmt auszusprechen. Deshalb wird vielfach angenommen, dass ein durchgreifender Unterschied zwischen Beschlüssen und Verfügungen nicht vorhanden sei [5]). Allein der Umstand, dass das Gesetz die Anordnungen eines Kollegiums in der That nirgends als „Verfügungen“ bezeichnet, zeigt, dass ein Unterschied vorhanden sein muss. Dieser Unterschied ist — *argum.* § 346 St.P.O. — darin zu finden, dass regelmässig von einem Beschluss da gesprochen wird, wo ein „Gericht“, Gerichtsganzes, — gleichviel ob mit einem Kollegium, oder wie das Amtsgericht, mit einem einzelnen Richter besetzt, — die Anordnung trifft; von einer Verfügung dagegen da, wo ein „Richter“ (Amtsrichter als solcher, Untersuchungsrichter, Vorsitzender) die Anordnung trifft [6]).

Für die prozesserledigenden Entscheidungen kommt daher regulär nur die Form des Beschlusses in Betracht, da zu prozesserledigenden Aussprüchen grund-

---

[1]) Bennecke 417 Anm. 7. Ausser Betracht bleibt hier der ganz eigen geartete Geschworenenspruch; über ihn vgl. unten § 126.

[2]) Ausnahme § 411 St.P.O., unten § 136.

[3]) S. 35.

[4]) Vgl. Mot. z. 2. Entwurf S. 34.

[5]) So Löwe, 3c zu Buch 1 Abschn. 4; Bennecke 418.

[6]) Diese Unterscheidung mag denn auch den Motiven zum 1. Entwurf vorgeschwebt haben. — Im wesentlichen gl. M. v. Kries 425; Birkmeyer 470; einschränkend Binding Grdr. 157.

sätzlich nur das Gerichtsganze (Amtsgericht, Schöffengericht, Strafkammer u. s. w.) befugt ist.

Eine Ausnahme macht jedoch der Strafbefehl, der eine amtsrichterliche Verfügung ist.

II. Für das Zustandekommen der prozesserledigenden Beschlüsse und Verfügungen, insbesondere für die Abstimmung, gilt prinzipiell dasselbe wie bei den Urteilen [7]).

III. 1. Der Inhalt der prozesserledigenden Beschlüsse und Verfügungen kann äusserlich ein sehr verschiedener sein: Ablehnung der Voruntersuchung, der Eröffnung des Hauptverfahrens, der Wiederaufnahme u. s. w. Innerlich freilich liegt in diesen verschiedenartigen Aussprüchen — nicht anders als bei den Urteilen — entweder eine Verurteilung (so im Strafbefehl), oder eine Freisprechung (so z. B. in der Nichteröffnung des Hauptverfahrens aus materiellrechtlichen Gründen), oder eine Einstellung des Verfahrens (so z. B. in der Nichteröffnung der Voruntersuchung).

2. Über die Form, vermittelst deren Beschlüsse und Verfügungen in die Erscheinung treten, schweigt die St.P.O. Während für Urteile die Verkündung unerlässliche Form ist, auch dann, wenn die davon betroffene Person nicht anwesend ist [8]), sodass sie mit der Verkündung, und erst mit dieser, rechtlich existent werden, ist für Beschlüsse und Verfügungen nicht einmal generell vorgeschrieben, dass sie irgendwie bekannt gemacht werden müssen [9]). Wann erlangen sie nun ihre rechtliche Existenz und damit Unwiderruflichkeit? Die Frage wird dahin zu beantworten sein, dass, wenn sie verkündet werden [10]), die Verkündung den massgebenden Zeitpunkt darstellt [11]), im anderen Falle dagegen die schriftliche Abfassung zu den Akten (nicht etwa erst die Zustellung, die lediglich Bekanntgabe der schon fertigen Entscheidung bezweckt [12]).

IV. Dass alle prozesserledigenden Entscheidungen den Prozessbeteiligten bekannt zu machen wären, ist im Gesetz nicht bestimmt. Die Frage, ob eine Bekanntmachung erforderlich ist, ist vielmehr für jede Art von Entscheidungen kasuistisch zu beantworten [13]). Namentlich ist § 35 St.P.O. nicht in dem Sinne zu verstehen, als ordne er generell die Bekanntmachung an [14]). Ist aber Bekanntmachung erforderlich, so hat sie nach § 35 St.P.O. zu geschehen

---

[7]) Oben § 94. Vgl. Heinemann Z. XV, 237.

[8]) Oben S. 398.

[9]) Nachstehend IV.

[10]) Unten IV.

[11]) Binding Grdr. 158.

[12]) A. M. Binding Grdr. 158, der in diesen Fällen die Perfektion der Entscheidung erst mit der Zustellung eintreten lässt; Bennecke 427, IV, der die schriftliche Abfassung nur dann als den massgebenden Zeitpunkt ansieht, wenn eine Bekanntmachung überhaupt nicht erforderlich ist; Stenglein 3 zu § 35, dessen Bezugnahme auf R. IV, 155, E. VI, 28 aber nicht zutrifft; Löwe 3 zu § 33, der in innerlich widersprechender Weise zwar die Entscheidung als erlassen ansieht, sobald sie schriftlich abgefasst ist, aber gleichwohl noch bis zur erfolgten Bekanntmachung Abänderung durch das Gericht zulassen will.

[13]) Z. B. bedarf die Ablehnung der Erlassung eines Strafbefehls keiner Mitteilung an den Beschuldigten.

[14]) Puchelt 3 Abs. 2 a. E. zu § 35; Löwe 2 zu § 35.

a) durch Verkündung, sofern die Entscheidung in Anwesenheit des Betroffenen ergeht; die Verkündung kann in freier Rede, braucht also nicht, wie bei den Urteilen, durch Verlesung zu erfolgen. Die Verkündung muss auch die Entscheidungsgründe umfassen. Zwar stellt die St.P.O. den Satz auf, dass die Gründe nur insoweit mit zu verkünden seien, als die Entscheidung durch ein Rechtsmittel anfechtbar ist, oder durch sie ein Antrag abgelehnt wird, St.P.O. § 34[15]). Eine oder die andere dieser Voraussetzungen ist aber bei den prozesserledigenden Entscheidungen, von denen hier die Rede ist, durchweg gegeben.

b) anderenfalls durch Zustellung[16]). Da das Gesetz ganz kategorisch spricht, so ist formlose Übersendung eines Schriftstücks unbedingt ausgeschlossen, soweit überhaupt die Bekanntmachung vorgeschrieben ist[17]). Soll Zustellung erfolgen, so muss vorab die Entscheidung schriftlich abgefasst werden; hinsichtlich des Inhalts dieser Entscheidungsurkunde giebt die St.P.O. nur die eine Vorschrift, dass die Gründe namhaft gemacht werden müssen, St.P.O. § 34[18]); namentlich ist der von der Abfassung des Urteils sprechende § 275 St.P.O. auf Beschlüsse und Verfügungen nicht mit zu beziehen[19]).

V. Prozesserledigende Beschlüsse und Verfügungen sind für das Gericht ebenso bindend, wie Urteile. Im Gesetz ist dies nicht direkt ausgesprochen. Aber der Charakter aller prozesserledigenden Entscheidungen muss gerade in diesem Punkte ohne Rücksicht auf die Form ein gleichmässiger sein: die Prozesserledigung bildet einen Markstein für den Abschluss des Prozesses, an ihr kann daher nicht beliebig gerüttelt werden. Dies gilt besonders für den Beschluss auf Nichteröffnung des Hauptverfahrens, sowie für den Strafbefehl, für die Ablehnung des Antrages auf Anordnung der Klageerhebung nach § 172 St.P.O.[20]), für den Beschluss des Amtsgerichts, durch den es die Berufung als verspätet verwirft, § 360 St.P.O.[21]), wie für den Beschluss

---

[15]) § 34 St.P.O. denkt zwar in erster Linie an die schriftliche Urteilsbegründung, muss aber seinem Grundgedanken nach auch auf die Verkündung bezogen werden. Löwe 4 zu § 34. A. M. anscheinend Bennecke 424. — Über § 34 vgl. noch nachstehend bei Anm. 18.

[16]) Unten § 107.

[17]) Ebenso Keller 7, Puchelt 4 zu § 35. Dagegen Löwe 4, Stenglein 3 zu § 35; Bennecke 425 Anm. 7.

[18]) Der § 34 stellt zwar eine Bedingung auf, diese ist aber nur für die laufenden Entscheidungen (unten § 100), nicht für die prozesserledigenden, bei denen sie immer zutrifft (oben IV a) a. E.), von Bedeutung.

[19]) Bennecke 572 Anm. 3; Stenglein 5 zu § 275; E. I, 210, 402; R. I, 362, 698.

[20]) In letzterer Hinsicht a. M. Bennecke 458 Anm. 32. Gegen ihn zutreffend Delius G.A. XLIII, 184.

[21]) Löwe 3, Stenglein 2 zu § 360; Bennecke 736 Anm. 20. A. M. v. Kries 650 Anm. 1; Ullmann 590.

des Landgerichts, der die Berufung als unzulässig verwirft u. s. w. Eine Änderung durch das Gericht selbst ist unzulässig[22].

VI. Auch in Ansehung der formellen Rechtskraft stehen die prozesserledigenden Beschlüsse und Verfügungen den Urteilen gleich[23]. Auch sie können sämtlich von den Parteien nur entweder mittels eines befristeten Rechtsbehelfs oder überhaupt nicht angefochten werden, sodass auch für sie notwendig ein Zeitpunkt eintritt, mit dem sie im Rahmen dieses Prozesses unumstossbar geworden sind, d. h. eben formelle Rechtskraft erlangt haben.

Materielle Rechtskraft kann den prozesserledigenden Beschlüssen und Verfügungen, insofern sie Formalentscheidungen[24] sind, natürlich nicht zukommen. Bezüglich der Sachentscheidungen, die in Form des Beschlusses oder der Verfügung erfolgen, sind die einzelnen Fälle gesondert zu behandeln[25].

1. Der Beschluss nach § 172 St.P.O. im Klageprüfungsverfahren, durch den der Antrag als unbegründet verworfen wird, macht beschränkte Rechtskraft, insofern die Klage fortan nur auf Grund neuer Thatsachen oder Beweismittel erhoben werden kann. In dieser Beschränkung ist aber materielle Rechtskraft vorhanden: der Beschluss wirkt nicht nur für den Einzelprozess, sondern über ihn hinaus. Die Bedeutung der materiellen Rechtskraft ist hier dieselbe wie beim Urteil. Das Strafklagerecht ist konsumiert, verbraucht[26]. Es ist daher fortan jedes Strafverfahren gegen den Beschuldigten wegen der That unzulässig, speziell auch eine Privatklage wegen der That ausgeschlossen[27]. Doch tritt die Rechtskraft nur unter einer Resolutiv-

---

[22]) Binding Grdr. 158 will für Beschlüsse des Oberlandesgerichts und des Reichsgerichts eine Ausnahme machen.

[23]) Vgl. Bennecke 706.

[24]) So z. B. der Verwerfung des Antrages auf Klageprüfungsverfahren wegen Fehlens der Prozessvoraussetzungen; ebenso der Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens aus prozessualen Gründen (St.P.O. § 210 ist hierauf nicht zu beziehen); der Ablehnung der Voruntersuchung; so richtig Bennecke 486 Anm. 26. A. M. John II, 434, 457; Löwe 7 zu § 179, 2 zu § 181; Stenglein 6 zu § 179. Auch die Ablehnung eines Wiederaufnahmeantrages als unzulässig oder als unbegründet (§ 408, § 411 Abs. 1 St.P.O.) gehört hierher. Es kann immer und immer wieder ein neuer Wiederaufnahmeantrag angebracht werden. Bennecke 783; Löwe 2 zu § 399.

[25]) Bennecke 707 will keinem Beschlusse materielle Rechtskraft zugestehen.

[26]) Löwe 4 zu § 172. Gegen den Ausdruck Bennecke 458 Anm. 32, weil das Klagerecht noch gar nicht gebraucht sei.

[27]) A. M. Bennecke 458 Anm. 31 unter zu strenger Urgierung des Wortlauts des §, der nur von „öffentlicher Klage“ spricht. Gegen ihn mit Recht Delius G.A. XLIII, 179.

bedingung ein: sie erlischt, wenn neue Thatsachen oder Beweismittel auftauchen.

2. Die Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens aus materiellen Gründen ist nach § 210 St.P.O. ganz ebenso zu behandeln; sie erwächst also in Rechtskraft[28]) unter der Resolutivbedingung des Auftauchens neuer Thatsachen oder Beweismittel. Erfüllt sich die Resolutivbedingung, treten neue Thatsachen oder Beweismittel hervor, so wird nunmehr das bisher durch die Rechtskraft gefesselte Strafklagerecht wieder frei. Auf neue Klage hin ist neu zu prozedieren[29]). Die neue Klage zeigt keinerlei Besonderheiten. Sie braucht weder von derselben Staatsanwaltschaft, noch bei demselben Gericht[30]) wie im ersten Verfahren, erhoben zu sein. Einer Vorentscheidung des Gerichts, das den Einstellungsbeschluss erlassen hatte, über den Eintritt der Resolutivbedingung bedarf es nicht[31]). Dagegen muss natürlich das neu befasste Gericht in jedem Stadium des Verfahrens prüfen, ob die Resolutivbedingung eingetreten ist[32]); eine „Aufhebung" des Einstellungsbeschlusses hat nicht zu erfolgen, „das erste, eingestellte Verfahren bleibt eingestellt"[33]).

3. Die vorläufige Einstellung des Verfahrens im Sinne des § 208 St.P.O. erwächst nach Abs. 2 daselbst zur definitiven prozesserledigenden Einstellung, wenn ihre Aufhebung nicht binnen 3 Monaten nach Rechtskraft des in der Haupt-Strafsache ergangenen Urteils von der Staatsanwaltschaft beantragt worden ist; nach Ablauf dieser Frist muss deshalb die Sache so angesehen werden, als sei eine Einstellung ex § 202 St.P.O. ausgesprochen worden, sodass § 210 St.P.O. Anwendung findet[34]).

4. Dem Strafbefehl, gegen den nicht rechtzeitig Einspruch erhoben worden ist, verleiht § 450 St.P.O. „die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils".

---

[28]) Vgl. Stenglein 1 zu § 210, John II, 732. Dagegen Bennecke 707 in Anm. 17, 710.

[29]) Nicht aber ist es möglich, auf der Grundlage der alten Klage in Form der „Wiederaufnahme des Verfahrens" weiterzubauen. Richtig E. XIII, 295, XXII, 187; Löwe 5a zu § 210; John II, 786; Stenglein 5, Keller 5 zu § 210; v. Kries 522, Rechtsmittel 414; Bennecke 515; Puchelt 5, Dalcke 3 zu § 210. A. M. Nagel G.S. XXXVI, 446; Geyer 650.

[30]) Anders Löwe 5 zu § 210. Dagegen mit Recht Bennecke 515 Anm. 19.

[31]) Keller 5 zu § 210. A. M. Puchelt 5 zu § 210.

[32]) Bennecke 513 Anm. 8.

[33]) So richtig Bennecke 515 Anm. 19 gegen E. XXII, 187.

[34]) Weitergehend Bennecke 514 Anm. 14, wohl auch Löwe 8 zu § 208 (es trete unbedingte Rechtskraft ein).

Diese Bestimmung kann nicht auf die formelle Rechtskraft bezogen werden, denn dass der Strafbefehl, gegen den kein Einspruch eingelegt ist, unumstossbar wird und zur Grundlage der Strafvollstreckung dienen kann, ist selbstverständlich und bedurfte keiner Hervorhebung. Vielmehr ist durch § 450 St.P.O. in unmissverständlicher Weise gerade eine vollständige Gleichstellung des Strafbefehls mit dem Urteil angeordnet, sodass der rechtskräftige Strafbefehl eben auch der materiellen Rechtskraft teilhaftig ist, somit Konsumtion des Klagerechts bewirkt.

Das Reichsgericht will dem entgegen dem Strafbefehl die materielle Rechtskraft absprechen. Die materielle Rechtskraft setze voraus, dass die aburteilende Behörde in der Lage gewesen sei, „die Sache unter allen denkbaren rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen". Solche Möglichkeit allseitiger Prüfung fehle dem Richter im Mahnverfahren, sodass seine Entscheidung nicht konsumierend wirke[35]). Man kann den Ausgangspunkt dieser Deduktionen zugeben: Die Rechtskraft ist ein Korrelat der Zulässigkeit allseitiger Prüfung im ersten Verfahren; gerade weil in diesem die Sache schon allseitig geprüft werden konnte, ist ein zweites Verfahren nicht mehr zulässig. Aber daraus folgt nicht, was das Reichsgericht folgern will. Denn der Strafbefehlsrichter hat die Möglichkeit allseitiger Prüfung[36]), wie § 448 St.P.O. deutlich zeigt. Und hätte er sie selbst nicht, so verböte sich doch jeder Streit im Hinblick auf den klaren Wortlaut des § 450.

Der Strafbefehl ist somit der materiellen Rechtskraft genau wie ein Urteil fähig[37]).

Eigentümlicher Weise macht das Reichsgericht diesem Standpunkt eine Konzession, indem es den Strafbefehl insoweit konsumierend wirken lässt, als die That nur unter dem früheren rechtlichen Gesichtspunkt oder einem eine geringere Strafbarkeit begründenden Gesichtspunkt betrachtet werde[38]). Eine derartige qualitativ geteilte Rechtskraft ist aber der Strafprozessordnung ganz unbekannt. Entweder knüpft sich die materielle Rechtskraft an eine Entscheidung, und dann ist jedes neue Verfahren

---

[35]) E. IV, 243, IX, 32, XV, 112; R. III, 367, V, 804.

[36]) Er ist also zu „latenter Freisprechung" unter jedem rechtlichen Gesichtspunkt ermächtigt.

[37]) Ebenso Pfizer G.S. XL, 335; v. Kries 596, 742; Ullmann 560; Bennecke 715 Anm. 29; Reiffel G.A. XLIV, 129; Binding Grdr. 277; Birkmeyer 653, 770; Friedländer Z. XIII, 690.

[38]) E. XIV, 358, XXVIII, 83; R. VIII, 606.

ausgeschlossen, oder sie knüpft sich nicht an sie, dann ist ein neues Verfahren in vollem Umfange statthaft, sodass z. B. an Stelle der früheren Verurteilung jetzt eine Freisprechung oder andersartige Strafzumessung erfolgen kann[39]).

## b) Laufende Entscheidungen.

### § 100.

#### a. Im allgemeinen.

I. Die laufenden Entscheidungen kleiden sich grundsätzlich in die Form von Beschlüssen oder Verfügungen (wozu auch hier[1]) die „Befehle" gehören, Vorführungsbefehl, Haftbefehl u. s. w.). Die Termini „Beschluss" und „Verfügung" haben hier grundsätzlich dieselbe Bedeutung, wie bei den prozesserledigenden Entscheidungen[2]).

In Gestalt eines Urteils erfolgt nur eine laufende Entscheidung: die Zurückverweisung einer Sache aus der höheren Instanz in die Vorinstanz nach §§ 369, 394 St.P.O. Dieses Urteil ist seinem Wesen nach ein (natürlich formales) Zwischenurteil.

II. Was das Zustandekommen der laufenden Entscheidungen anlangt, so gilt für die Abstimmung Entsprechendes wie für die Abstimmung bei prozesserledigenden Entscheidungen[3]). Es muss also der Tenor der zu fällenden Entscheidung ungeteilt zur Abstimmung verstellt werden. Würde z. B. die Verhängung der Untersuchungshaft in Frage stehen, und würde ein Richter sich wegen Fluchtverdachts, der zweite wegen Kollusionsverdachts für Verhaftung, der dritte dagegen aussprechen, so würde der Haftbefehl zu erlassen sein[4]). Das Ergebnis wäre bei Abstimmung nach Gründen das gegenteilige[5]).

Das massgebende Stimmenverhältnis ist bei den laufenden Entscheidungen durchweg das der einfachen Majorität gemäss G.V.G. § 198 Abs. 1. Nur die Kassation

---

[39]) Nur durch Einlegung eines Rechtsmittels und daraufhin ergehendes Urteil höherer Instanzen kann eine qualitative Zerreissung der Rechtskraft herbeigeführt werden, unten §§ 129, 131, 133. — Über die Frage nach der Rechtskraft polizeilicher Strafverfügungen und administrativer Strafbescheide s. unten §§ 148, 149.

[1]) Vgl. oben § 99 bei Anm. 1.

[2]) Oben § 99 bei Anm. 6. Mithin sind die Anordnungen des Untersuchungsrichters durchweg „Verfügungen" (dies auch z. B. im Falle des § 50 Abs. 3 St.P.O., in dem Bennecke 418 Anm. 11 einen „Beschluss" verlangt). „Beschlüsse" sind erforderlich für Gewährung oder Versagung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, für Unzuständigkeitserklärung, für vorläufige Einstellung des Verfahrens (§ 203 St.P.O.), für Kassation des Geschworenenspruchs (§ 317 St.P.O.) u. s. w.

[3]) Oben § 99 II. Vgl. v. Kries 449; Heinemann Z. XV, 237.

[4]) A. M. Heinemann Z. XV, 240. Mit dem Text übereinstimmend v. Kries, 449; Binding 163. In den Gründen würde dann zu sagen sein: „Die Untersuchungshaft wird verhängt, weil das Gericht teilweise Fluchtverdacht, teilweise Kollusionsverdacht für gegeben erachtet".

[5]) Bennecke 422 Anm. 35.

des Geschworenenspruchs durch den Gerichtshof nach § 317 St.P.O. erfordert mehr, nämlich Einstimmigkeit.

III. 1. Ihrem Inhalte nach sind die laufenden Entscheidungen sehr mannigfaltig. Ihr Kern sind die prozessleitenden Entscheidungen, woran sich prozessbetreibende und prozesspolizeiliche anlehnen.

2. Über die Form, in der die laufenden Beschlüsse und Verfügungen in die Erscheinung treten, gilt Gleiches, wie für die prozesserledigenden Beschlüsse und Verfügungen [6]). So richtet sich die Beantwortung der Frage, inwieweit die Verkündung die Gründe mit zu umfassen hat, nach der Grundregel des § 34 St.P.O. [7]), die auch für die laufenden, insonderheit die prozessleitenden Entscheidungen gilt [8]). Desgleichen ist der Zeitpunkt der Perfektion der laufenden Entscheidungen der gleiche wie bei den prozesserledigenden Entscheidungen. Insoweit sie also verkündet werden, tritt die Perfektion mit der Verkündung, anderenfalls mit der schriftlichen Fixierung (nicht erst mit der Zustellung) ein. [9]).

IV. Für die Bekanntmachung der laufenden Entscheidungen gilt das oben bezüglich der prozesserledigenden Entscheidungen [10]) Gesagte, insbesondere erstreckt sich St.P.O. § 35 auch auf jene mit [11]), sowie auch andererseits durch § 35 nicht die unbedingte Bekanntmachung jeder laufenden Entscheidung gefordert wird [12]).

Ist Zustellung notwendig, so ist natürlich auch hier die zuvorige schrifliche Absetzung der laufenden Entscheidung unerlässlich. Auf die Gründe hat diese sich insoweit mit zu erstrecken, als die Entscheidung durch ein Rechtsmittel anfechtbar ist [13]), oder einen Antrag ablehnt [14]), § 34 St.P.O. [15]). Meist wird § 34 auf die Prozessleitung nicht mit bezogen [16]) oder dahin eingeschränkt, „nicht alle anfechtbaren Entscheidungen“ fielen unter § 34 [17]). Jeder einschränkenden Interpretation fehlt jedoch die feste Grenze, und jede gesetzliche Stütze.

V. Für die laufenden Entscheidungen wird, gerade weil sie nur als Durchgangspunkte erscheinen, davon auszugehen sein, dass sie im Gegensatz zur Prozesserledigung für das Gericht nicht bindend

---

[6]) Oben § 99 III 2.
[7]) Oben § 99 IV.
[8]) A. M. Löwe 1a zu § 34 (allerdings mit Einschränkungen). Vgl. unten bei Anm. 16.
[9]) A. M. Löwe, Bennecke, Stenglein, oben § 99 Anm. 12; R. I, 336.
[10]) § 99 IV.
[11]) E. I, 345; R. I, 543; Löwe 1 zu § 35.
[12]) E. XIX, 249.
[13]) Gleichviel, ob direkt oder indirekt (St.P.O. §§ 347, 375, 369 Abs. 2). Löwe 1b zu § 34; Bennecke 424.
[14]) Die Nichtberücksichtigung eines gegen einen Antrag erhobenen Widerspruchs ist nicht „Ablehnung eines Antrages“, R. III, 295. Anders R. IV, 324.
[15]) Vgl. oben § 99 IV.
[16]) So Löwe 1a zu § 34, der aber Ausnahmen zulässt. Gegen diese Auffassung John I, 382.
[17]) So Bennecke 424, vgl. auch Birkmeyer 41, 475. Wieder anders John I, 383, 381. Auch in der Judikatur werden die mannigfachsten, ein festes Prinzip nicht erkennen lassenden Einschränkungen gemacht. Vgl. R. I, 358; IV, 324; E. XXVII, 66, dagegen aber E. I, 33, 170, 366. R. I, 164, 424, 477, 603, 612, II 437.

sind[18]). Jedoch bewirkt die Urteilsform in den oben I erwähnten Fällen (St.P.O. §§ 369, 394) Unabänderlichkeit der Entscheidung. Auch giebt es laufende Beschlüsse und Verfügungen, die für das Gericht unabänderlich sind. Das Kriterium für Abänderlichkeit oder Unabänderlichkeit[19]) tritt im Gesetz nicht klar zu Tage.

Unabänderlich sind jedenfalls

a) alle mit sofortiger Beschwerde anfechtbaren Entscheidungen, St.P.O. § 353 Abs. 3[20]).

b) Daneben müssen aber auch einzelne andere Entscheidungen als unabänderlich angesprochen werden. So der Eröffnungsbeschluss[21]). Der Grund dafür ist darin zu finden, dass sich auf ihm der Prozess aufbaut. Man wird deshalb berechtigt sein, verallgemeinernd zu sagen, dass unabänderlich sind solche Entscheidungen, deren Zurücknahme die Annullierung eines neuen Stadiums, in das der Prozess infolge jener Entscheidung eingetreten war, bedeuten würde, so z. B. auch der Beschluss auf Überweisung der Sache an das Schöffengericht nach § 75 G.V.G.[22]).

Abänderbar sind dagegen namentlich Beweisbeschlüsse[23]).

VI. Von Rechtskraft kann bei den laufenden Entscheidungen nur beschränkt die Rede sein. Alle diejenigen Beschlüsse und Verfügungen, die entweder vom Gericht jederzeit zurückgenommen werden können oder von den Parteien mit unbefristeter Beschwerde angefochten werden können, bleiben ersichtlich der formellen Rechtskraft ganz unteilhaftig (z. B. Terminsansetzungen). Wo jedoch eine laufende Entscheidung für das Gericht unwiderruflich und für die Parteien entweder überhaupt nicht oder nur mittels befristeten Rechtsbehelfs

---

[18]) A. M. Birkmeyer 482, der grundsätzlich für alle Entscheidungen Unabänderlichkeit annimmt.

[19]) Ötker 612.

[20]) Auch wenn in *concreto* das Rechtsmittel nicht eingelegt wird, so Bennecke 732 Anm. 38; v. Kries 433; Löwe 8; Puchelt 6; Keller 3 zu § 353; Binding Grdr. 158. Vgl. N.C.P.O. § 577 Abs. 3. A. M. Geyer 801; Stenglein 4 zu § 353.

[21]) Übereinstimmend Bennecke 505. Deshalb kann nach ordnungsmässiger Eröffnung des Hauptverfahrens die Zurückverweisung der Sache zur Voruntersuchung oder überhaupt ins Vorverfahren nicht beschlossen werden; denn das würde einer Annullierung des Eröffnungsbeschlusses gleich kommen. So Bennecke 505 Anm. 14; E. II, 36; John II, 770; Glaser II, 452; R. VI, 161.

[22]) A. M. R. I, 336; Bennecke 499 Anm. 11. Übrigens ergiebt sich die Unwiderruflichkeit auch schon aus vorstehend a im Hinblick auf die Anfechtbarkeit durch sofortige Beschwerde. Vgl. unten § 116.

[23]) E. XXXI, 138.

anfechtbar ist, da steht dem nichts im Wege, von formeller Rechtskraft auch der laufenden Beschlüsse und Verfügungen zu sprechen. Die rechtskräftig erledigte Frage kann solchenfalls im Rahmen dieses Prozesses nicht mehr aufgeworfen werden, sie ist erledigt[24]).

Materielle Rechtskraft freilich kann den laufenden Entscheidungen nie zukommen, weil sie nicht das Produkt einer Prüfung des materiellrechtlichen Anspruchs sind[25]).

## § 101.

### β. Prozessbetrieb, Prozessleitung, Prozesspolizei insbesondere.

I. Unter Prozessbetrieb versteht man die Sorge für den Fortgang des Prozesses.

Diese Sorge ist im Civilprozess grundsätzlich Sache der Parteien, nicht des Gerichts, sodass, wenn keine der Parteien die andere ladet, der Prozess stillgestellt ist. Im Strafprozess ist es — dem Anklageformprinzip entsprechend — von Hause aus Sache des Klägers, das Verfahren in Gang zu erhalten. Ist freilich die gerichtliche Untersuchung eröffnet, so erleidet in Ansehung des Prozessbetriebes das Anklageformprinzip eine Durchbrechung[1]): das Gericht bedarf von nun an grundsätzlich eines Anstosses von Seiten der Partei nicht mehr, sondern sorgt selbst von sich aus für den Fortgang des Verfahrens durch Anberaumung der Termine, Erhebung der Beweise u. s. w.[2]).

II. Während der Prozessbetrieb die Sorge dafür ist, dass der Prozess vorwärts geht, ist unter Prozessleitung die Sorge dafür zu verstehen, wo, wann und wie der Prozess vorwärts gehen soll, z. B. in welcher Reihenfolge Zeugen vernommen werden sollen; ob weitere Beweiserhebungen erforderlich sind; ob einem Verteidiger das Wort zu erteilen ist u. s. w.[3]). Die Prozessleitung ist Sache teils des Vorsitzenden, teils des Gerichtsganzen[4]).

Zur Prozessleitung gehört auch erforderlichenfalls die Anordnung von Ladungen, das sind Aufforderungen an Personen zum Erscheinen. Die Ablassung der Ladung an den Adressaten ist jedoch auch da, wo das Gericht (der Vorsitzende)

---

[24]) Vgl. E. XXVI, 342.

[25]) Vgl. oben S. 411.

[1]) Vgl. oben S. 243. Diese Durchbrechung wird — nicht mit Recht — getadelt von Süss, Stellung der Parteien 413.

[2]) In gewissem Umfange bleibt jedoch das Gericht an die Anträge der Parteien gebunden, oben § 68 II 3.

[3]) Gewöhnlich wird in der Theorie mit dem Wort „Prozessleitung" ein engerer Sinn verbunden. Vgl. aber oben § 81 Anm. 12.

[4]) Über die Leitung der Hauptverhandlung speziell s. unten § 120.

die Ladung angeordnet hat, prinzipiell Sache der Staatsanwaltschaft. Das Gericht erlässt Ladungen nur ausnahmsweise[5]).

III. Die Prozessleitung sorgt dafür, dass die zum Prozess gehörigen Handlungen sich ordnungsgemäss abspielen, also für die innere Ordnung im Prozess. Aber um diese innere Ordnung voll zu sichern, bedarf es auch, besonders für die Verhandlungen, die öffentlich erfolgen, der Aufrechterhaltung der äusseren Ordnung, der Abhaltung von Einflüssen, die auf die prozessualen Vorgänge störend einwirken würden. Die in diesem Sinne getroffenen Massregeln kann man (in Anlehnung an die bekannte Definition der Polizei[6])) als „Prozess-Polizei" bezeichnen. Gewöhnlich (so auch vom Gesetz in der Überschrift des 14. Titels des G.V.G.) wird von „Sitzungspolizei" gesprochen; dieser Ausdruck ist aber zu eng, er bezeichnet nur einen Teil der Sache, wie sich aus dem Nachstehenden ergeben wird.

Die prozesspolizeilichen Massnahmen können zweifachen Charakter haben: sie sind entweder

a) lediglich darauf berechnet, den zukünftigen Prozessvorgängen den Weg zu ebnen, oder aber

b) sie stellen eine Reaktion gegen vorgefallene Ungebühr dar.

Zunächst nämlich (a) äussert sich die Prozess-Polizei in vorsorgenden Anordnungen und Befehlen und, falls diesen nicht gehorcht wird, in Zwangsmassregeln, die den widerspenstigen Willen beugen (*executio ad faciendum, ad patiendum* oder *ad non faciendum*). Ausserdem aber sind (b) gegen Störer der Ordnung Ordnungsstrafen zugelassen[7]).

Im einzelnen unterscheidet das Gesetz zwischen der Prozess-Polizei in den Sitzungen und derjenigen ausserhalb der Sitzungen[8]).

---

[5]) Unten § 103.

[6]) Vgl. Preuss. A.L.R. § 10 II 17: „Die nötigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung und zur Abwendung der dem Publiko oder einzelnen Mitgliedern desselben bevorstehenden Gefahren zu treffen, ist das Amt der Polizei," und die Darstellungen des Verwaltungsrechts.

[7]) Neben der Ordnungsstrafe kann natürlich auch eine etwa verwirkte Disziplinar- oder Kriminalstrafe verhängt werden, vgl. G.V.G. §§ 179, 180 („vorbehaltlich u. s. w."), z. B. wenn die Ungebühr in einem Nichtverlassen des Sitzungssaales trotz Aufforderung, also einem Hausfriedensbruch, bestand (vgl. Delius, Sitzungspolizeiliche Befugnisse der Behörden, 2—3), oder es sich um die disziplinäre Verfehlung eines Rechtsanwalts handelt (R.A.O. §§ 62 ff.).

[8]) Über den Begriff der „Sitzung" (im Strafprozess = Hauptverhandlung) s. Delius 23—24; 32—34.

1. Die Sitzungspolizei liegt grundsätzlich in der Hand des Vorsitzenden, G.V.G. § 177. Seine Gewalt erfasst sämtliche in der Sitzung Anwesenden einschliesslich der Beamten der Staatsanwaltschaft[9]) oder anderer Zweige des Staatsdienstes, sowie auch einschliesslich der Mitglieder der bewaffneten Macht, die in irgend einer Eigenschaft zugegen sind.

Die Befugnis des Vorsitzenden[10]) wird sich zunächst äussern in wörtlichen Anordnungen und Befehlen, Wortentziehung, Platzanweisung, Rüge u. dgl. Aber er ist auch — abgesehen von den sogleich zu erörternden Massnahmen nach § 178 G.V.G., die dem Gericht vorbehalten sind, — mit Zwangsgewalt ausgestattet, er kann z. B. durch einen Gerichtsdiener den widerstrebenden Angeklagten auf die Anklagebank führen lassen, ihm ein Instrument, mit dem er ungebührlichen Lärm erregt, zwangsweise wegnehmen lassen u. dergl.

Der von der Anordnung des Vorsitzenden Betroffene kann die Anordnung prozessual nicht anfechten, insbesondere nicht die Entscheidung des Kollegiums herbeiführen[11]), denn § 237 Abs. 2 St.P.O. bezieht sich nur auf die „Sachleitung", also die Aufrechterhaltung der inneren Ordnung, und Entsprechendes ist für § 346 St.P.O. anzunehmen. Dagegen ist natürlich die Aufsichts- (Disziplinar-) Beschwerde gegen den seine sitzungspolizeiliche Gewalt missbrauchenden Vorsitzenden zulässig.

Entzogen sind dem Vorsitzenden gewisse Zwangsmassregeln, sowie die Festsetzung von Ordnungsstrafen in dem Sinne, dass das Gericht hierüber zu befinden hat[12]). Diese Zwangs- und Strafgewalt des Gerichts erfasst einen kleineren Personenkreis, als die Gewalt des Vorsitzenden, nämlich nur die in §§ 178—180 G.V.G. *expressis verbis* aufgeführten Personen. Unter diesen befindet sich namentlich nicht die Staatsanwaltschaft, mit Rücksicht darauf, dass sie eine dem Gericht gleichgestellte Behörde ist, also keiner Zwangs- und Strafgewalt des Gerichts unterworfen sein kann. Gegenüber dem ordnungswidrigen Verhalten der Vertreter der Staatsanwaltschaft müsste im Aufsichtswege Abhülfe gesucht werden. Militärpersonen sind von der Zwangs- und

---

[9]) So die Reichstagsjustizkommission, Prot. 37 ff.; Löwe 3a zu § 177; Binding Grdr. 94; Ullmann 230 Anm. 1, 455; v. Kries 547; E. XI, 135; R. VI, 599; Delius a. a. O. 12; Birkmeyer 375; John III, 84; Geyer 688; Bennecke 529; Süss, Stellung der Parteien 374. A. M. Fuchs H. H. II, 77 ff; Stenglein 4; Puchelt 6; Voitus * zu § 237. Nur findet die Gewalt des Vorsitzenden ihr Ende an dem § 151 G.V.G., sodass namentlich eine Rüge des Vorsitzenden gegenüber dem Staatsanwalt oder gar Zwang irgend welcher Art unzulässig ist. Vgl. hierüber Löwe 3a zu § 177; R. III, 99; Groschuff, Deutsche Jur.-Ztg. I, 8.

[10]) Vgl. Delius 11 f.

[11]) Ebenso Löwe 2b zu § 177; O.L.G. Dresden, Ann. XII, 289; G.A. XXXIX, 377; Delius 13. A. M. Bennecke 402.

[12]) Da das „Amtsgericht" im Falle des § 211 St.P.O. nur in der Besetzung mit einem Amtsrichter zu urteilen hat, so vereinigt dieser natürlich in sich die Befugnisse des „Vorsitzenden" und des „Gerichts".

Strafgewalt des Gerichts zwar nicht *expressis verbis* eximiert, nach Analogie des § 50 Absatz 4 St.P.O. wird jedoch anzunehmen sein, dass das Gericht abgesehen von der Entfernung aus dem Sitzungszimmer nur die Zwangshaft beschliessen kann, dass dagegen die Ausführung des Beschlusses und ebenso die Verhängung einer Ordnungsstrafe Sache der vorgesetzten Militärbehörde ist[13]).

Macht das Gericht von der Zwangs- oder Strafbefugnis Gebrauch, so muss der betreffende Vorfall und der darauf ergangene Beschluss protokolliert werden (ausser in dem Falle, dass lediglich ein Unbeteiligter aus dem Sitzungszimmer entfernt worden ist), G.V.G. § 184.

Die Befugnisse des Gerichts im einzelnen sind folgende:

a) Zur Brechung des Ungehorsams von Parteien, Beschuldigten, Zeugen, Sachverständigen oder Unbeteiligten gegen Anordnungen, die der Vorsitzende getroffen hat, kann über den Ungehorsamen Entfernung aus dem Sitzungszimmer, sowie Zwangshaft verhängt werden, § 178 G.V.G., und zwar ohne die Möglichkeit einer prozessualen Anfechtung, wie sich aus § 183 G.V.G. ergiebt[14]).

Ist die gesamte Zuhörerschaft bei einer öffentlichen Verhandlung ungehorsam gewesen, hat sie z. B. trotz des Verbots des Vorsitzenden fortdauernd Äusserungen des Beifalls oder des Missfallens gegeben, wie dies in französischen Gerichtssälen üblich ist, so kann die Räumung des Zuhörerraums angeordnet, d. h. es können sämtliche Zuhörer entfernt werden, ohne dass hierin eine Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes läge; nur muss natürlich der Zutritt anderen Personen als den hinausgewiesenen offen bleiben[15]).

Die Massregeln des § 178 werden meist als Ordnungsstrafen aufgefasst[16]). Sie tragen aber deutlich den Zweck an der Stirn, den augenblicklichen Fortgang der Verhandlung zu ermöglichen, sind also *executiones ad faciendum* oder *omittendum*[17]). Dies ergiebt auch deutlich der Gegensatz zu §§ 179, 180; ferner ist auch auf § 184 G.V.G. hinzuweisen, der die „Ordnungsstrafe wegen Ungebühr" in einen Gegensatz zu der Massregel *ex* § 178 bringt, ohne etwa letztere als „Ordnungsstrafe wegen Ungehorsams" zu bezeichnen.

---

[13]) A. M. einerseits Löwe 2 zu § 178, der nur die Entfernung aus dem Sitzungszimmer für statthaft erachtet, Stenglein 2 zu § 177 und Thilo, G.V.G. 247, die überhaupt keinen Zwang gegen die Militärperson dem Gericht zugestehen; andererseits v. Wilmowski-Levy 1 zu § 178 und Delius 20, die die Militärpersonen in vollem Umfang der gerichtlichen Zwangs- und Strafgewalt unterstellen.

[14]) Vgl. M. III, 581.

[15]) Vgl. oben § 71.

[16]) So Bennecke 402, 403; Löwe 2a zu § 177.

[17]) Richtig Delius 13.

Daraus ergiebt sich: Die Massregeln des § 178 setzen irgend welche Schuld, geschweige denn Vorsatz[18]), nicht voraus; das Gericht kann z. B. auch einen sinnlos trunkenen Zeugen zur Haft abführen lassen. Andererseits erreichen diese Massregeln sofort ihr Ende, sobald ihr Zweck erreicht ist, der Aufgeregte sich beruhigt, der Trunkene sich ernüchtert hat. Wenn also das Gericht nach § 178 in dem Beschlusse die Haftdauer (bis zur Höchstdauer von 24 Stunden) zu bestimmen hat, so hat es dabei von dem vorbezeichneten Gesichtspunkte auszugehen. Sollte die im Beschluss bestimmte Zeit sich als unzulänglich herausstellen, so würde eine Verlängerung zu beschliessen sein[19]). Sollte umgekehrt die festgesetzte Zeit sich als zu weit gegriffen erweisen, so würde von weiterer Festhaltung Abstand zu nehmen sein. Die Zwangshaft müsste auch dann ihr Ende erreichen, wenn die Verhandlung abgebrochen würde; denn dann würde sie unnütz geworden sein[20]).

Eine weitere Folgerung aus der Zwangsnatur der Massregeln in § 178 ist die, dass letztere kumulativ neben den Ordnungsstrafen *ex* §§ 179, 180 verhängt werden können. Wären sie Ordnungsstrafen, so könnte eine „Ungebühr", die gleichzeitig einen „Ungehorsam" darstellt, nur nach Art der Idealkonkurrenz behandelt werden, d. h. es könnte nur § 179 (180), nicht § 178 angewendet werden[21]). Es würde also z. B. ein Zeuge, der dem Befehl des Vorsitzendeu zuwider andauernd in die Verhandlung hineinspricht, falls dies ungebührlich geschieht, nicht aus dem Sitzungszimmer entfernt, sondern nur bestraft werden können[22]).

b) Das Gericht kann ferner wegen einer verübten Ungebühr, d. i. einer schuldhaften Ordnungswidrigkeit, z. B. Dazwischenreden, Beleidigungen anderer Personen, Gewalthandlungen an Sachen oder Personen u. s. w.[23]), eine Ordnungsstrafe festsetzen, und zwar

---

[18]) Solchen fordern Löwe 6 zu § 178; Bennecke 403 Anm. 40; Delius 40.

[19]) A. M. Delius 42.

[20]) Im wesentlichen übereinstimmend Delius 41.

[21]) So in der That Löwe 6 zu § 178.

[22]) Allerdings lässt § 179 — vgl. unten — eine sofortige Vollstreckung der Haftstrafe zu. Aber diese Massregel ersetzt die des § 178 nicht, weil sie spröder ist. Setzt das Gericht z. B. eine Haftstrafe von 3 Tagen fest, und lässt sie sofort vollstrecken, so kann damit unter Umständen, wenn nämlich der betreffende Zeuge noch in der weiteren Verhandlung erforderlich ist, die Fortsetzung der Sitzung völlig vereitelt sein. Nach der im Text vertretenen Ansicht dagegen kann das Gericht erstens den Zeugen einstweilen abtreten und festhalten lassen und z. B. nach einer oder zwei Stunden wieder hervorrufen, und zweitens die dreitägige Ordnungsstrafe verhängen und dann vollstrecken lassen, wenn der Zeuge entbehrlich geworden ist.

[23]) Vgl. Delius 42 ff.

bestehend in Geldstrafe bis 100 Mark oder Haftstrafe bis zu 3 Tagen[24]), wenn eine Partei, ein Beschuldigter, Zeuge, Sachverständiger oder Unbeteiligter der Schuldige ist, G.V.G. § 179; dagegen nur in Geldstrafe bis 100 Mark unter Ausschluss der Haftstrafe, wenn ein bei der Verhandlung beteiligter Rechtsanwalt oder Verteidiger der Schuldige ist, G.V.G. § 180.

Die festgesetzte Ordnungsstrafe erledigt sich im Gegensatz zu den Zwangsmassregeln des § 178 dadurch nicht, dass der Betroffene nach Verübung der Ungebühr sich gebührlich benimmt. Die Vollstreckung der Ordnungsstrafen erfolgt nach § 181 G.V.G. durch den Vorsitzenden „unmittelbar", d. h. im Gegensatz zu §§ 36, 483 St.P.O. ohne Inanspruchnahme der Staatsanwaltschaft[25]). Die Vollstreckung kann im Falle des § 179 auf der Stelle erfolgen. Gegen die Festsetzung einer Ordnungsstrafe ist die Beschwerde nach näherer Massgabe des § 183 G.V.G. zulässig.

2. Die Prozesspolizei ausserhalb der Gerichtssitzungen (z. B. bei Haussuchungen) reicht verschieden weit, je nachdem ein Richter oder ein anderes Staatsorgan die Verhandlung[26]) leitet.

a) Ist es ein Richter, (ersuchter oder beauftragter Richter Untersuchungsrichter u. s. w.), so kommt ihm die volle Gewalt einschliesslich der Zwangs- und Ordnungsstrafgewalt zu, wie sie in den Sitzungen der Vorsitzende und das Gericht haben, G.V.G. § 182.

Gegen seine Ordnungsstraffestsetzungen ist Beschwerde gegeben, G.V.G. § 183[27]).

Handelt es sich um Amtshandlungen im vorbereitenden Verfahren[28]), die „an Ort und Stelle", d. h. nicht an der Gerichtsstelle[29]),

---

[24]) Und zwar kann sofort auf Haftstrafe, es kann aber auch *primo loco* auf Geldstrafe und substitutionsweise auf Haft erkannt werden. Delius 45; Löwe 5 zu § 179; O.L.G. Colmar G.A. XXXIX, 377. Dagegen wird solche Substitution für unstatthaft gehalten vom Kammergericht 1888, Johow-Küntzel VIII, 257; 1894, Zeitschr. f. Civilprozess XX, 495; O.L.G. Cassel G.A. XXXVII, 454.

[25]) Für die Zwangsmassregeln des § 178 (oben a) versteht sich dies auch ohne gesetzliche Anordnung von selbst.

[26]) Um eine Verhandlung muss es sich immer handeln. Der schriftliche Verkehr mit dem Gericht untersteht der Prozesspolizei nicht. So Bennecke 404 Anm. 45; v. Kries 549 Anm 1; Löwe 1 zu § 182; Delius 36; Kammergericht 1885, Zeitschr. f. Civilprozess XII, 240; 1894, das. XX, 498; O.L.G. Celle, Johow-Küntzel VIII, 256. A. M. Kammergericht 1880, Johow-Küntzel II, 302.

[27]) Da die Zwangsmassregeln *ex* § 178 nicht „Ordnungsstrafe" sind, so trifft § 183 auf sie nicht zu. Beschwerde ist also insoweit unzulässig. So Löwe 1 zu § 183. A. M. Bennecke 404 Anm. 46.

[28]) Diese Beschränkung ergiebt sich aus der Stellung des § 162. A. M. Delius 28.

[29]) v. Schwarze 1; Stenglein 2; Keller 1 zu § 162; Bennecke 446 Anm. 10 beziehen den § im Anschluss an Prot. 216 auch auf Prozesshandlungen an der Gerichtsstelle. Wie im Text Löwe 1 zu § 162; John II, 376; Voitus Kontroversen II, 282; Puchelt 2 zu § 162; Delius 29.

stattfinden, so ist er ferner befugt, Personen, die vorsätzlich[30]) stören oder sich widersetzen, bis zur Beendigung seiner Amtsverrichtungen, nur nicht über den nächstfolgenden Tag hinaus, festhalten zu lassen, St.P.O. § 162[31]). Diese Befugnis reicht merkwürdigerweise über die nach G.V.G. § 178 dem Gericht in der Sitzung zustehende zeitlich hinaus, insofern dort die höchste Dauer der Festhaltung 24 Stunden beträgt[32]).

b) Andere als richterliche Beamte, also insbesondere die Beamten der Staatsanwaltschaft, haben zunächst die dem § 177 G.V.G. entsprechende Befugnis, die erforderlichen Anordnungen zu treffen[33]). Dagegen haben sie eine Ordnungsstrafgewalt überhaupt nicht, und eine Zwangsgewalt nur in dem Umfange des § 162 St.P.O., vgl. vorstehend *sub* a).

## II. Parteihandlungen.

## § 102.

### 1. Im allgemeinen.

I. Angriff und Verteidigung finden ihren Ausdruck in den Anträgen und Gesuchen der Parteien[1]). Die Bedeutung der Parteianträge ergiebt sich aus dem Umfange, in dem das Anklageformprinzip gilt[2]).

In jedem Falle nötigen die Parteianträge das Gericht (oder den Vorsitzenden) zu einer ausdrücklichen Entscheidung, es darf nicht mit Stillschweigen über sie hinweggegangen werden.

II. Wie im Civilprozess, so ist auch im Strafprozess die Stoffvorlage, d. h. die Anführung der relevanten Thatsachen zunächst Sache der Parteien. Jedoch giebt es im Strafprozess keine Behauptungslast der Parteien; dem Instruktionsprinzip gemäss[3]) hat das Gericht den thatsächlichen Stoff vielmehr von sich aus aufzusuchen.

III. Rechtsausführungen können die Parteien dem Gericht vortragen sie brauchen es aber nicht: *jura novit curia*.

IV. Für die Form der Parteihandlungen gelten durchgreifende Vorschriften nicht. Insbesondere bedarf es — im Gegensatz zu N.C.P.O. § 297 — bei Anträgen in

[30]) Nicht notwendig „absichtlich", vgl. das treffende Beispiel bei Bennecke 446 Anm. 11; ferner v. Liszt § 39 II; Beling, Grundz. 37, VII.

[31]) Delius 28; Löwe 2 zu 162; Geyer 624; John II, 373; Stenglein 1 zu § 162; Bennecke 445 Anm. 8 und v. Kries 477 beziehen den § 162 grundlos nur auf nichtrichterliche Beamte.

[32]) So richtig Delius 29.

[33]) Dies folgt direkt aus den Wortlaut des § 162 St.P.O.

[1]) Zwischen „Anträgen" und „Gesuchen" besteht kein juristischer Unterschied, vgl. den Wortlaut des § 44 St.P.O. Bennecke 427 Anm. 1.

[2]) Vgl. oben § 68 II 3.

[3]) Oben § 69.



der Hauptverhandlung nicht der schriftlichen Fixierung und Verlesung. Für einzelne Arten von Parteihandlungen des Beschuldigten (Rechtsmitteleinlegung u. s. w.) wird Unterzeichnung durch einen Rechtsanwalt oder den Verteidiger, Erklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers u. s. w. erfordert, vgl. z. B. St.P.O. §§ 170 Abs. 2, 385 Abs. 3, 406 Abs. 2.

V. Die Perfektion der Parteihandlungen tritt, sofern sie an das Gericht gerichtete Erklärungen sind, mit dem Zeitpunkt ein, in dem sie „an das Gericht", d. h. an den zur Entgegennahme zuständigen Beamten[4]), gelangt sind[5]).

Dieser Zeitpunkt ist wichtig einmal für die Frage der Einhaltung einer Frist[6]), sodann aber auch für die Unwiderruflichkeit[7]), insoweit diese Eigenschaft überhaupt den Parteihandlungen (z. B. Rechtsmittelverzicht) zukommt.

### 2. Einzelne Arten von Parteihandlungen.

## § 103.

## a) Ladungen.

I. Ladung ist die an eine Partei oder einen Dritten formell ergehende Aufforderung zum persönlichen Erscheinen. Ihren Gegensatz bildet die formlose Aufforderung, insbesondere die sogenannte „Gestellung" eines Zeugen, d. i. die ohne Förmlichkeiten bewirkte Mitbringung des Zeugen in den Sitzungssaal.

Überall, wo das Gesetz den Formalakt „Ladung" vorschreibt, handelt es sich um erhebliche Folgen; gerade deshalb begnügt sich das Gesetz hier nicht mit formlosen Aufforderungen. Es ergiebt sich hieraus, dass eine Ladung nicht dadurch überflüssig wird, dass der zu Ladende auf anderem Wege Kenntnis von dem Termin erlangt hat[1]).

II. Die Ladungen gehen prinzipiell aus von einer der Parteien[2]), und zwar ist es

---

[4]) In Preussen z. B. an den Botenmeister, R. VI, 63, nicht aber an den Kastellan, R. VI, 85.

[5]) Vgl oben § 80 II.

[6]) Oben § 79 bei Anm. 15.

[7]) R. VI, 63.

[1]) Daher unrichtig E. XVII, 45 (bezüglich der Ladung des Verteidigers). Zutreffend Bennecke 208 Anm. 3.

[2]) Ganz anders Binding Grdr. 111, Birkmeyer 385, die die Ladung prinzipiell als gerichtlichen Befehl zum Erscheinen auffassen. Allein angesichts des § 36 St.P.O. kann nicht wohl zweifelhaft sein, was Regel und was Ausnahme ist. Das Hauptargument der vorgenannten Autoren ist, dass hinter der Ladung der dem Inhaber der Gerichtsbarkeit zustehende Gerichtszwang stehe, und deshalb nur dieser der „Ladende" sein könne, wohingegen die Staatsanwaltschaft nur vermittelndes Organ des Gerichts sei. Aber dies Argument beweist zu viel, man denke an die „unmittelbare Ladung" (unten 2), die doch sicher kein „gerichtlicher" Akt ist. Es kann immer nur darauf ankommen, wer die Aufforderung zum Erscheinen im — nach aussen hin — eigenen Namen erlässt.

1. prinzipiell die **Staatsanwaltschaft**, die die Ladungen (an den Beschuldigten, die Zeugen u. s. w.) ablässt, St.P.O. §§ 213, 36 Abs. 1. Der Richter ordnet regelmässig nur an, welche Personen er geladen zu sehen wünscht, vgl. z. B. § 220 St.P.O.

Ausnahmsweise erlassen jedoch
der Ermittelungsrichter,
der Untersuchungsrichter,
das Gericht im Privatklageverfahren
und das Amtsgericht [3])
ihre Ladungen selbst, St.P.O. §§ 36 Abs. 2, 425 Abs. 2 [4]).

2. Das Recht, **Zeugen oder Sachverständige zur Hauptverhandlung** zu laden, haben aber ausserdem auch der Angeklagte, der Privat- und Nebenkläger und die klagende Verwaltungsbehörde: sogenannte „**unmittelbare** Ladung", d. i. eine Ladung, die ohne Vermittelung der Staatsanwaltschaft bewirkt wird, St.P.O. §§ 219, 364, 426, Abs. 2, 437, 466, 467. Diese ist statthaft nicht nur dann, wenn das Gericht oder die Staatsanwaltschaft, um Ladung angegangen, sich ablehnend verhält (subsidiär), sondern sofort, ohne vorgängigen Antrag an das Gericht oder die Staatsanwaltschaft (prinzipal).

Auch schon in der **Voruntersuchung** hat der Angeschuldigte das Recht, **Sachverständige** zu einem unter Zuziehung von Sachverständigen stattfindenden Augenscheinseinnahmetermin zu laden, St.P.O. § 193; **diese** unmittelbare Ladung ist an sich nur subsidiär, d. h. nur wenn der Richter die Ladung ablehnt, zugelassen [5]). Freilich ist die Subsidiarität deshalb bedeutungslos, weil § 193 Abs. 2 sogar die bloss „gestellten" Sachverständigen zulässt [6]).

III. Was die **Form** der Ladung anlangt, so kann

1. die unmittelbare Ladung nach St.P.O. § 38 nicht anders, als durch Zustellung geschehen.

---

[3]) Auch zur schöffengerichtlichen Hauptverhandlung, so die Preuss. Geschäftsanweisung für Amtsanwälte vom 28. August 1879, Art. 24 Abs. 2, derzufolge die Amtsanwälte sich der Ladungen zu enthalten haben. **Löwe** 1 zu § 213, **Bennecke** 517 Anm. 10 wollen dagegen den § 213 auch in Schöffensachen anwenden. Dann wäre die soeben erwähnte Geschäftsanweisung für Amtsanwälte und die dem entsprechende preussische Praxis ungesetzlich.

[4]) Für die kommissarischen Beweiserhebungen — unten § 119 — ist etwas Besonderes nicht bestimmt. Daraus folgt nicht, wie **John** II, 830, **Bennecke** 517 Anm. 9 annehmen, dass die Ladung immer vom Gericht auszugehen habe; vielmehr wird nach der Regel des § 36 Abs. 1 St.P.O. die Ladung vor einen **beauftragten** Richter Staatsanwaltschaftssache sein; auf die kommissarische Beweisaufnahme durch einen **ersuchten** Richter findet allerdings § 36 Abs. 2 Anwendung.

[5]) A. M. **Stenglein** 3; **Löwe** 4 zu § 193. Wie im Text **Bennecke** 333 Anm. 12; **John** II, 519 Anm. 1.

[6]) **Stenglein** 3; **Löwe** 4 zu § 193; **Bennecke** 477 Anm. 20.

2. Auch die staatsanwaltschaftliche und gerichtliche Ladung erfolgt regulär in dieser Form. Indessen ist nirgends prinzipiell vorgeschrieben, dass die Ladung in anderen Formen — mündlich, telephonisch, telegraphisch — unverbindlich sein solle. Nur in einzelnen Fällen, wie in § 215 St.P.O., bedarf es der Schriftform infolge ausdrücklicher Gesetzesbestimmung.

Für die einzelnen Arten von Ladungen sind dann noch besondere Hinweise, insbesondere auf die Folgen des Ausbleibens, vorgeschrieben, vgl. z. B. St.P.O. §§ 48, 215 u. s. w.

IV. Die Ladung erfolgt auf einen bestimmten Zeitpunkt, so jedoch, dass der Geladene sich auch über diesen Zeitpunkt hinaus zur Verfügung der Behörde, vor die er geladen ist, solange halten muss, bis er entlassen wird[7].

## b) Rechtsmittel.

## § 104.

### a) Im allgemeinen.

Richterliche[1] Entscheidungen sind mit Rücksicht darauf, dass sie vielleicht irrig sein können, in der Mehrzahl anfechtbar, d. h. den Parteien[2] sind gegenüber den Entscheidungen Rechtsbehelfe gegeben, durch die sie eine abermalige Prüfung und Entscheidung herbeiführen.

Diese Rechtsbehelfe sind mannigfaltig und verschieden geartet: Einwand (§ 179 St.P.O.), Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 234 St.P.O.), Antrag auf Entscheidung eines höheren Gerichts (§ 360 Abs. 2, § 386 Abs. 2 St.P.O.), Einspruch (§ 449 St.P.O.) u. s. w. Drei Rechtsbehelfe aber fasst die St.P.O., ganz wie die C.P.O., unter dem technischen Sondernamen „Rechtsmittel" derart zusammen, dass sich allgemeine Sätze für alle drei aufstellen lassen: Beschwerde, Berufung und Revision (St.P.O. Buch 3).

I. Das gemeinsame Charakteristikum der Rechtsmittel, welches sie von den übrigen Rechtsbehelfen abhebt, ist ihr Devolutiveffekt, d. h. sie führen die Entscheidung einer höheren Instanz herbei[3].

[7]) Ist er erschienen und wird nicht sogleich vorgerufen, so muss er ausharren und kann nur unter Umständen über die Verzögerung disziplinarisch Beschwerde führen. Vgl. R. I, 411; E. I, 235, XI, 173.

[1]) Die Anfechtung staatsanwaltschaftlicher Entscheidungen (z. B. § 170 St.P.O.) ist von der St.P.O. nicht näher geregelt. Sie liegt auf dem Gebiete der Justizverwaltung.

[2]) Die Anfechtung einer Entscheidung durch den Vorsitzenden des Gerichts selbst, wie sie z. B. der preussische Verwaltungsprozess kennt, ist dem deutschen Strafprozess fremd.

[3]) Das gilt auch für die Beschwerde, unten § 106.

Meist wird als zweites Charakteristikum den Rechtsmitteln Suspensiveffekt beigelegt in dem Sinne, dass die Rechtsmittel die Rechtskraft der angefochtenen Entscheidung hemmten. Das trifft aber einesteils auch für andere Rechtsbehelfe zu, und anderenteils trifft es für die einfache Beschwerde nicht zu, da die mit letzterer anfechtbaren Entscheidungen überhaupt nicht der Rechtskraft fähig sind[4]). In einem anderen Sinne versteht man unter Suspensiveffekt die Aufschiebung der Vollziehung[5]). Allein auch in diesem Sinne lässt sich der Suspensiveffekt nicht als Begriffsmerkmal der Rechtsmittel verwerten, da die Beschwerde solchen Suspensiveffekt nicht hat, § 349 St.P.O.

II. Denjenigen, der ein Rechtsmittel (nicht bloss „Beschwerde") eingelegt hat, nennt die St.P.O. den „Beschwerdeführer", vgl. § 357 Abs. 2.

Berechtigt, ein Rechtsmittel einzulegen, (anfechtungsberechtigt) ist im allgemeinen[6]):

1. der Kläger, sei es der Staat, sei es der Privatkläger, §§ 338, 430 St.P.O.

2. der Beschuldigte, § 338 St.P.O. Er kann sein Anfechtungsrecht selbst oder durch einen gewillkürten Vertreter[7]) ausüben, für ihn kann dies aber auch ohne Sonderauftrag der Verteidiger thun. Ein eigenes Anfechtungsrecht hat letzterer aber nicht[8]). Daher macht der Widerspruch des Beschuldigten die Rechtsmitteleinlegung des Verteidigers zu nichte, § 339 St.P.O. und es läuft die dem Beschuldigten gesetzte Frist auch für den Verteidiger[9]).

3. Der gesetzliche Vertreter des Beschuldigten, sowie der Ehemann einer beschuldigten Frau, § 340 St.P.O. Sie haben ein eigenes Anfechtungsrecht, über dessen Ausübung der Beschuldigte

---

[4]) Vgl. oben § 100 VI.

[5]) So v. Kries 634.

[6]) Daneben giebt es noch Sonderbestimmungen, vgl. z. B. G.V.G. § 183, St.P.O. § 346 Abs. 2 u. s. w.

[7]) Oben § 78 I.

[8]) E. I, 71, III, 222; Löwe 2 zu § 339; v. Schwarze, H. H. II, 248; v. Kries Rechtsmittel 19. A. M. Binding, Grdr. 235.

[9]) Daher kann ferner der Beschuldigte das vom Verteidiger eingelegte Rechtsmittel zurücknehmen; umgekehrt kann der Verteidiger das von ihm oder dem Beschuldigten eingelegte Rechtsmittel nicht zurücknehmen, es wäre denn mit ausdrücklicher Ermächtigung des Beschuldigten, § 344 Abs. 2 St.P.O. Hat der Verteidiger das Rechtsmittel eingelegt, so wäre eine abermalige Einlegung des Rechtsmittels durch den Beschuldigten selbst gegenstandslos; es laufen nicht zwei Rechtsmittel neben einander her; a. M. Binding Grdr. 235; v. Schwarze H. H. II, 248.

in keiner Weise disponieren kann, sodass sein Widerspruch, seine Rücknahmeerklärung irrelevant sind[10]). Nur ist ihnen keine besondere Rechtsmittelfrist gegeben; die für den Beschuldigten laufende Frist läuft auch für sie[11]).

4. Die Einziehungs-(Unbrauchbarmachungs-)Interessenten § 479 St.P.O., die für subsidiär haftbar Erklärten u. s. w., insoweit es sich um ihre Rechtssphäre handelt.

Die Anfechtungsberechtigungen dieser Personen zu 1—4 gehen selbständig neben einander her; auch wenn sämtliche Berechtigten das Rechtsmittel einlegen, bleibt jedes Rechtsmittel unabhängig von den anderen[12]), gleichviel ob sie neben einander parallel laufen (wie z. B. das vom Angeklagten und das von seinem gesetzlichen Vertreter eingelegte Rechtsmittel), oder entgegengesetzte Ziele verfolgen (wie z. B. das vom Angeklagten behufs Freisprechung und das von der Staatsanwaltschaft behufs härterer Strafe eingelegte Rechtsmittel). Bei Mehrheit der Beschwerdeführer muss das Gericht natürlich über jedes Rechtsmittel eine Entscheidung fällen[13]).

III. Die Rechtsmittel ergreifen naturgemäss nur diejenige Strafsache, in der sie eingelegt sind. Die etwaigen, zum gleichen Prozess verbundenen Strafsachen bleiben unberührt; das Urteil erwächst, insoweit es sich auf sie bezieht, in Rechtskraft. Legt der wegen dreier realkonkurrierender Thaten X, Y, Z verurteilte A nur wegen X ein Rechtsmittel ein, so bleibt das Urteil, insoweit es sich auf Y und Z bezieht, unberührt, wenngleich freilich die etwa gebildete Gesamtstrafe durch die Anfechtung in Mitleidenschaft gezogen wird[14]). Noch viel weniger wirkt die Einlegung eines Rechtsmittels für oder gegen Mitbeschuldigte, sondern nur in eigener Sache. Ist gegen A und B bei genau gleichliegender Sachlage ein Haftbefehl erlassen worden, so nützt es dem B nichts, dass A etwa den Haftbefehl anficht. Von dieser Regel kennt aber das Gesetz eine Ausnahme: die Revision im Falle des § 397 St.P.O.[15]).

---

[10]) Folglich tritt für den Angeklagten die relative Rechtskraft (oben § 98 bei Anm. 4) ohne Rücksicht auf ein etwa von dem gesetzlichen Vertreter oder Ehemann eingelegtes Rechtsmittel ein, Bennecke 801.

[11]) Ausnahme: der Fall des § 268 St.P.O., vgl. Löwe 3 zu 268; Bennecke 722.

[12]) Anschlussberufung und -Revision (Adhäsion) werden von der St.P.O. nicht erwähnt, doch können sie im Effekt durch bedingte Rechtsmitteleinlegung (oben S. 289) herbeigeführt werden.

[13]) Es wird also z. B. zu erkennen sein: „Auf die Berufungen des Angeklagten und seines gesetzlichen Vertreters wird das Urteil ..... aufgehoben u. s. w."; „Die Berufung des Angeklagten gegen das .... Urteil wird verworfen; auf die Berufung der Königlichen Staatsanwaltschaft wird das Urteil ..... aufgehoben und u. s. w."

[14]) Die Einzelstrafen werden rechtskräftig. A. M. Bennecke 793.

[15]) Unten § 133.

IV. In welchem Umfange die Strafsache von den Rechtsmitteln ergriffen wird, richtet sich nach dem Anfechtungswillen der Partei. An den Rechtsmittelrichter devolviert nur dasjenige Stück der angefochtenen Entscheidung, auf das sich die Anfechtung bezieht; mit den unangefochtenen Teilen der Entscheidung wird er gar nicht befasst. In diesem Sinne begrenzen die *petita partium* die Entscheidung der höheren Instanz, vgl. St.P.O. §§ 357, 368, 383 (das Urteil, „soweit dasselbe angefochten ist"), 392. Infolge dessen wird die höhere Instanz keineswegs immer mit dem Prozessgegenstand *in toto* erfasst. Der Grundsatz der Unteilbarkeit des Prozessgegenstandes [16]) erleidet in der Rechtsmittelinstanz eine Durchbrechung. Eine Beschränkung des Rechtsmittels ist in der Weise zulässig, dass ein logisch abtrennbarer Teil der Entscheidung separat für sich allein angegriffen wird [17]). So kann der Verurteilte sich bei der Strafe beruhigen, aber die Entscheidung über den Kostenpunkt anfechten [18]); er kann sich bei der Strafe beruhigen, aber die Verhängung von Nebenmassregeln anfechten; er kann sich bei der Hauptstrafe beruhigen unter Anfechtung der Nebenstrafe [19]); er kann die Verurteilung wegen der That gelten lassen, aber die Höhe der Strafe anfechten [20]); er kann das Urteil nur unter dem einen juristischen Gesichtspunkt angreifen u. s. w. Auch der Kläger kann sich z. B. lediglich gegen die Nichtverhängung einer Nebenmassregel wenden, die Verurteilung nur im Hinblick auf das Strafmass angreifen [21]) u. s. w.

In diesen Fällen erwächst der nicht angefochtene Teil des Urteils in Rechtskraft [22]). Man kann hier von „objektiv relativer Rechtskraft" sprechen [23]).

Dabei kann auch ein Stück des latenten Urteilsinhalts [24]) herausgegriffen werden, z. B. die latente Freisprechung unter dem einen oder anderen Gesichtspunkt.

---

16) Oben § 61 IV.

17) Inwieweit dies der Fall ist, ist im einzelnen nicht unstreitig, vgl. Bennecke 741; Löwe 2; Keller 1; Stenglein 1 zu § 368, 1 zu § 359; Ullmann 596; Binding 242; v. Kries 658, Rechtsmittel 97; v. Schwarze H.H. II, 281.

18) Binding Grdr. 243, E. VI, 237.

19) Löwe 2 zu § 368; Ullmann 596; Binding Grdr. 243 A. M. v. Kries 660, Rechtsmittel 104.

20) Bennecke 741; Binding Grdr. 243. A. M. v. Kries 658, Rechtsmittel 160.

21) E. XXV, 397.

22) A. M. Bennecke 793 Anm. 24. Vgl. unten § 139.

23) Über die subjektiv relative Rechtskraft s. oben § 98 I.

24) Oben § 77 IV S. 296, § 95 S. 395, 396.

Unzulässig ist freilich die Herausgreifung eines Teils der Entscheidung, der für andere präjudiziell ist: etwa die Anfechtung der Verurteilung mit der Erklärung, dass die Entscheidung über den Kostenpunkt nicht bemängelt werde; oder die Anfechtung der Verurteilung mit der Erklärung, dass die Entscheidung über den Bussanspruch nicht bemängelt werde; ebenso die Anfechtung einer Einzelstrafe bei Nichtanfechtung der Gesamtstrafe. Solchenfalls ergreift das Rechtsmittel auch den abhängigen Teil der Entscheidung.

Unzulässig ist ferner jedes Herausgreifen eines für sich unselbstständigen Stückes der Entscheidung. Der Angeklagte kann nicht erklären, er beruhige sich bei der „Verurteilung“ und wolle nur nicht „wegen Diebstahls“ verurteilt sein; denn eine Verurteilung ohne Nennung des Delikts ist juristisch unmöglich.

Unzulässig ist auch die Teilung des Rechtsmittels nach Rechts- und Thatfrage, da diese Fragen nur unselbständige Elemente der Gesamtfrage sind[25]).

V. Erfolgreich ist ein Rechtsmittel nur dann, wenn in der angefochtenen Entscheidung ein *gravamen* zu Lasten dessen, der sich des Rechtsmittels bedient (bezw. in dessem Sinne das Rechtsmittel wirken soll[26])) enthalten. Ob ein *gravamen* vorliegt, ist objektiv, nicht nach der subjektiven Schätzung des Beschwerdeführers zu bemessen. Die Verurteilung zu Geldstrafe enthält auch für den kein *gravamen*, der lieber Gefängnisstrafe abbüssen möchte, die Freisprechung kein *gravamen* für den, der gehofft hatte, im Gefängnis untergebracht zu werden. Ganz gleichgültig ist auch, ob die Entscheidung in Übereinstimmung mit dem Antrage der Partei oder ihm entgegen ergangen ist.

Für den Beschuldigten ist also ein *gravamen* immer dann gegeben, wenn die Entscheidung ihn objektiv zu hart trifft, für den Kläger immer dann, wenn die Entscheidung zu milde ist, wobei Formalentscheidungen[27]), Entscheidungen in der Sache selbst, wie Entscheidungen über den Kostenpunkt in Frage kommen.

---

[25]) Bennecke 741. Von der hier behandelten Frage, nach dem Gegenstand der Rechtsmittel ist aber wohl zu unterscheiden die regelmässig davon nicht getrennte andere Frage, inwieweit sich der Beschwerdeführer in der Begründung des Rechtsmittels beschränken kann. Darüber s. unten § 129 und St.P.O. § 359.

[26]) In den Fällen oben II 3.

[27]) Einstellung des Verfahrens trifft denjenigen zu hart, der freigesprochen werden müsste, er kann daher das Urteil anfechten. Löwe 2b zu § 338; v. Kries 38; Birkmeyer 694. A. M. Ullmann 584; Binding 238.

Da freilich der Staat als Kläger an der Justiz nicht bloss in dem Sinne interessiert ist, dass jeden Schuldigen die gebührende Strafe treffe, sondern auch umgekehrt in dem Sinne, dass niemanden eine härtere Strafe treffe, so ergiebt sich für den Staat ein *gravamen* immer dann, wenn die Entscheidung zu milde oder zu hart ist. Die Staatsanwaltschaft ist daher berechtigt, eine Entscheidung nicht allein behufs Erzielung einer härteren Entscheidung anzufechten, sondern auch behufs Erzielung einer milderen, § 338 Abs. 2 St.P.O.

Ficht die Staatsanwaltschaft eine Entscheidung als zu hart an, so besorgt sie damit nicht etwa die Geschäfte des Beschuldigten; nicht dessen Interesse, sondern das Staatsinteresse ist es, in dem sie handelt[28]). Daraus ergiebt sich die wichtige Konsequenz, dass der Widerspruch des Beschuldigten gegen die Rechtsmitteleinlegung diese nicht hinfällig macht, ferner dass die Einlegung binnen der für die Staatsanwaltschaft, nicht binnen der für den Beschuldigten laufenden Frist erfolgen muss; auch dass das von der Staatsanwaltschaft eingelegte Rechtsmittel nicht vom Beschuldigten zurückgenommen werden kann.

Doch verfügt die St.P.O. (§ 344 Satz 2) dass das von der Staatsanwaltschaft „zu Gunsten des Beschuldigten" eingelegte Rechtsmittel nur mit Einwilligung des letzteren zurückgenommen werden kann.

Ob ein *gravamen* gegeben ist, ist aber zu beurteilen nach dem Ergebnis, das angestrebt wird, im Verhältnis zu dem Ergebnis, zu dem die angefochtene Entscheidung gelangt ist. Die Rechtsmittel wollen Beseitigung einer unrichtigen „Entscheidung". „Entscheidung" ist aber auch hier wieder die Decisive selbst, der Tenor im Gegensatz zu den Gründen. Niemals kann mit einem Rechtsmittel eine Änderung der Gründe ohne Änderung des Ergebnisses[29]) angestrebt werden. Die Anfechtung dient der Erzielung eines günstigen Resultats, nicht der Erzielung günstigerer Gründe. Der wegen Notwehrexzesses Freigesprochene kann die Entscheidung nicht anfechten, um wegen Notwehr freigesprochen zu werden.

---

[28]) Vgl. R. IV, 889; Bennecke 721 Anm. 23; Binding Grdr. 236; Ullmann 579, Anm. 1; 583; v. Kries 193, 637. A. M. Birkmeyer 311; Süss, Stellung der Parteien 463 und sonst, ausgehend von der von ihnen angenommenen einseitigen Parteistellung der Staatsanwaltschaft. Vgl. oben § 73 I.

[29]) Oben § 61 I. Bennecke 718, R. VI, 545, III, 380, VII, 65. E. IV, 355 XIII, 324. M. VI, 521. Eine Ausnahme wird vielfach behauptet für die Fälle, in denen der Angeklagte unter Feststellung seiner Schuld freigesprochen worden sei (z. B. Verjährung): hier könne er ein Rechtsmittel einlegen, um für unschuldig erklärt zu werden. So E. IV, 355, R. III, 380; Löwe 2b, Stenglein 6 zu § 338; v. Kries Rechtsmittel 49, Lehrb. 637; Kronecker G.A. XXXVIII, 120; Puchelt 3 zu § 338: Ötker 627; teilweise Binding 237; Ullmann 584. Dagegen mit Recht Bennecke 720 Anm. 21; v. Schwarze H.H. II, 250; Geyer 792; Keller 5 zu § 338.

Wohl aber kann der *compensando* für straffrei Erklärte das Erkenntnis anfechten, um freigesprochen zu werden; denn hier handelt es sich um verschiedene Rechtsfolgen, da das geltende Recht zwischen Straffreisein und Freigesprochensein einen Unterschied macht[30]). Ebenso kann ein freisprechendes Urteil, das die Unterbringung des Angeklagten in einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt verfügt, angefochten werden zwecks Aufhebung dieser Anordnung[31]).

IV. Gegenstand der Prüfung des Rechtsmittelgerichts ist somit nur die Frage, ob gerade für den Beschwerdeführer (bezw. in den Fällen oben II, 3 für denjenigen, in dessen Interesse der Beschwerdeführer die Entscheidung angefochten hat) in der angefochtenen Entscheidung ein *gravamen* enthalten ist. Würde das Gericht finden, dass für ihn nicht nur ein *gravamen* nicht vorliegt, sondern im Gegenteil die Entscheidung für ihn zu günstig ausgefallen ist, so kann doch eine Änderung der angefochtenen Entscheidung nicht erfolgen, sondern es muss bei letzterer verbleiben; es gilt das Verbot der *reformatio in pejus* (für die Berufung und Revision ausgesprochen in St.P.O. §§ 372, 398 Abs. 2[32]).

Für die von der Staatsanwaltschaft eingelegten Rechtsmittel ist freilich der Begriff der *reform. in „pejus“* nicht verwertbar, da für den Staat ein *gravamen* sowohl in zu grosser Milde als auch in zu grosser Härte liegt. So ergiebt sich als selbstverständlich der Satz des § 343 St.P.O.:

> „Jedes von der Staatsanwaltschaft eingelegte Rechtsmittel hat die Wirkung, dass die angefochtene Entscheidung auch zu Gunsten des Beschuldigten abgeändert oder aufgehoben werden kann[33])“.

---

[30]) Oben § 95 S. 396.

[31]) Löwe 3 zu § 268; Bennecke 552, Anm. 22, 720 Anm. 21; Ullmann 584; v. Kries Rechtsmittel 50; Binding Grdr. 237.

[32]) Das Verbot der *reformatio in pejus* hat lebhafte Anfechtung, aber auch Verteidigung gefunden. Dafür sprechen sich aus: Kleinfeller G.S. XXXVIII, 578, v. Schwarze G.S. XIV, 283; v. Lilienthal H. Rechtslex. III, 1. Hälfte 316; Ullmann 598, H. Seuffert Die *reformatio in pejus*, 125; Süss, Stellung der Parteien 464, im Endergebnis auch v. Kries 662. Dagegen sind: Brachvogel Z. XIII, 206; Thode das Verbot der *reform. in pej.*, Göttinger Inaug.-Diss. 1896, 46 ff.; Bennecke 748 Anm. 23. Richtig ist, dass der Strafrechtspflege besser gedient wäre, wenn der Rechtsmittelrichter ganz freie Hand hätte. Andererseits darf nicht übersehen werden, dass, solange die Rechtsmittel als Mittel zur Abstellung von *gravamina* konstruiert sind, das Verbot der *reform. in pejus* sich ganz von selbst ergiebt, auch ohne positive Bestimmung.

[33]) Der § 343 St.P.O. ist nicht dahin zu verstehen, als ob die Staatsanwaltschaft ausser Stande sei, ihre Rechtsmittel zu teilen. Für die Beschränkung des Rechtsmittels durch die Staatsanwaltschaft gilt vielmehr das oben S. 440 Gesagte. Nur innerhalb des durch die Anfechtung gezogenen Rahmens gilt § 343 St.P.O.; es kann also, wenn

Der dem § 343 zu Grunde liegende Gedanke müsste aber folgerichtig auch zu dem Satze führen, dass auf das von der Staatsanwaltschaft zu Gunsten des Beschuldigten eingelegte Rechtsmittel eine Änderung oder Aufhebung der Entscheidung in einem dem Angeklagten ungünstigen Sinne erfolgen kann. Durch positive Anordnung in §§ 372, 398 St.P.O. ist aber das Gegenteil bestimmt[34]).

Das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer *reformatio in pejus* ist — konform dem oben über das *gravamen* Ausgeführten — ausschliesslich an der Decisive selbst, nicht an ihren Gründen zu messen. Es liegt keine *reformatio in pejus* vor, wenn das Gericht der höheren Instanz die Schuld im materiellstrafrechtlichen Sinne bejaht und wegen eines blossen Strafausschliessungsgrundes freispricht, während die untere Instanz die Schuld verneint hatte.

Dagegen ist der Massstab an die Decisive selbst (soweit sie angefochten ist) in vollem Umfange anzulegen, wenn ermittelt werden soll, ob sie günstiger oder ungünstiger als eine andere ist. Es ist zwar in erster Linie die Strafe selbst nach „Ob“ und „Wie hoch“ hierfür massgebend[35]). Aber auch die juristische Qualifikation der That ist in Betracht zu ziehen. Eine Verurteilung wegen Diebstahls erscheint als härter, denn eine Verurteilung wegen Unterschlagung. Somit darf das Gericht höherer Instanz auch nach dieser Richtung hin nicht *in pejus* reformieren[36]). Dabei ist auf die Verschiedenheit des

---

die Staatsanwaltschaft nur das Strafmass als zu niedrig angefochten hat, in der höheren Instanz zwar eine noch geringere Strafe verhängt werden, niemals aber Freisprechung erfolgen. Löwe 3; Puchelt 3, Dalcke 2 zu § 343; Ullmann 582, Reichsgericht im Preuss. J.M.Bl. 1886, 5; Bennecke 724; Binding Grdr. 244. A. M. Voitus 352 (zu § 343).

[34]) Diese gegenteilige Gesetzesbestimmung wurzelt in der Vorstellung, als wollten die „zu Gunsten des Beschuldigten“ eingelegten Rechtsmittel das Interesse des Beschuldigten verfolgen, was nicht zutrifft, oben § 73 I und S. 442.

[35]) Die grössere oder geringere Schwere der Strafarten in Verhältnissen zu einander richtet sich nach dem materiellen Strafrecht. Vgl. dazu Bennecke 748 Anm. 25; v. Kries 663, E. II, 205; Thode Verbot der *reform. in pej.*, 23; Kleinfeller G.S. XXXVIII, 608. Hatte das Untergericht auf eine Gesamtstrafe erkannt, so darf weder diese selbst noch eine oder die andere Einzelstrafe in der Rechtsmittelinstanz höher bemessen werden. So jetzt das Reichsgericht, E. XXV, 297, XXVI, 168 (gegen R. VII, 378, IX, 449); Löwe 4b zu § 372. Auch darf die Gesamtstrafe nicht bestehen bleiben, wenn auch nur eine der Einzelstrafen vom Rechtsmittelgericht beseitigt wird. Bennecke 749 in Anm. 25; Ötker 628; Thode 36. Teilweise a. M. Löwe 4b zu § 372; Katz G.S. XXXVI, 584, v. Kries 663.

[36]) Wie im Text Binding 249; Ötker 628; Puchelt 3 zu § 372; Ullmann 599; Kleinfeller G.S. XXXVIII, 611; v. Kries Rechtsmittel 116; Thode 38.



Wortlauts in §§ 372, 398 St.P.O. kein Gewicht zu legen[37]). Dies ist jedoch nicht unstreitig. Zahlreiche Judikate und Schriftsteller wollen ausschliesslich die Strafe dafür massgebend sein lassen, ob eine *reform. in pej.* vorliegt[38]).

Nach dieser Gegenmeinung wäre es also zulässig, den in erster Instanz wegen Unterschlagung Verurteilten auf seine Berufung hin wegen Diebstahls oder Raubes zu verurteilen. Diese Ansicht kommt zu eigentümlichen Schwierigkeiten, wenn die in erster Instanz ausgesprochene Strafe ihrer Art nach bei dem nunmehr zu Grunde gelegten Strafgesetz unzulässig ist, z. B. wenn die erstinstanzliche Unterschlagungsstrafe auf Geld lautete, während doch der Diebstahlsparagraph 242 St.G.B. nur Gefängnis zulässt. Dann muss, wenn man der Gegenmeinung folgt, die höhere Instanz entweder „wegen Diebstahls" zu Geldstrafe verurteilen[39]), und das ist materiellstrafrechtlich unzulässig, oder wegen Diebstahls zu Gefängnis, und das wäre sicher eine unerlaubte *reformatio in pejus*.

Die Gegenansicht muss auch in Verlegenheit kommen, wenn man die Frage aufwirft, ob denn bei solch härterer Qualifikation das Rechtsmittel als erfolglos oder erfolgreich eingelegt anzusehen ist, was für den Kostenpunkt von Wichtigkeit ist, § 505 St.P.O. Erfolgreich kann man ein Rechtsmittel für den Angeklagten doch gewiss nicht nennen, wenn er statt der Unterschlagungsstrafe von 10 Mark in der Berufungsinstanz eine Diebstahlsstrafe von 10 Mark oder gar etwa 2 Tagen Gefängnis davonträgt; und erfolglos kann ein Rechtsmittel nicht sein, wenn es zur Beseitigung der angefochtenen Entscheidung und Ersetzung durch eine andere führt!

Ein innerlich folgerichtiges Ergebnis gewinnt man nur, wenn man das Verbot der *reformatio in pejus* auch mit auf die juristische Qualifikation der That bezieht.

Erachtet das Rechtsmittelgericht also die That für ein schwereres Delikt, als das Untergericht angenommen hatte, so giebt es nur zwei Möglichkeiten: entweder dieses schwerere Delikt steht zu dem vom Untergericht angenommenen im Verhältnis des *plus* zum *minus* (Veruntreuung, § 246 Abs. 2 St.G.B., im Verhältnis zur einfachen Unterschlagung, das. Abs. 1): dann hat es bei der Verurteilung wegen des einfachen Delikts zu verbleiben; oder das schwerere Delikt ist ein *aliud* gegenüber dem erstinstanzlich angenommenen (Diebstahl im Verhältnis zur Unterschlagung); dann muss Freisprechung erfolgen[40]), denn wegen des einen Delikts kann nicht verurteilt werden, weil das Gericht es nicht als vorliegend annimmt, und wegen des anderen nicht, weil solche Verurteilung eine *reformatio in pejus* sein würde. Kommen solche Fälle vor, dann liegt der Grund dieses unbefriedigenden Ergebnisses darin, dass die Staatsanwaltschaft ihrerseits nicht behufs schärferer Qualifikation der That die Vorderentscheidung angefochten hat.

---

[37]) Unten § 133.

[38]) E. IX, 324, R. V, 696; Löwe 2 zu § 372; v. Schwarze H. H. II, 285 v. Kries 663, Keller 2b, Dalcke 2; Thilo 3; Stenglein 1 zu § 372; Bennecke 748 Anm. 23, 749, Birkmeyer 709, vgl. E. XXV. 399.

[39]) So die H. M., z. B. Bennecke 749; Löwe 2 zu § 372.

[40]) So zutreffend v. Kries, Rechtsmittel 116. Dagegen wollen Binding Grdr. 249; v. Schwarze 3 zu § 372; Puchelt 3 zu § 372; Kleinfeller G.S. XXXVIII, 611; Thode 41 auch hier das Rechtsmittel verwerfen, sodass es also bei der Verurteilung wegen eines Delikts verbleiben soll, das das Rechtsmittelgericht ausdrücklich als nicht vorliegend feststellt.

## § 105.

## Fortsetzung: Einlegung, Zurücknahme, Verzicht; Arten der Rechtsmittel.

I. Adressat der Rechtsmittel**einlegung** ist das Gericht, dessen Entscheidung angefochten wird, der *judex a quo*, nicht der *judex ad quem*[1]). (Ausnahmen §§ 348 Satz 2, 353 Abs. 2 St.P.O.). Das ist von besonderer Wichtigkeit für die befristeten Rechtsmittel; soll die Frist gewahrt sein, so muss die Einlegung des Rechtsmittels noch innerhalb der Frist bei dem *judex a quo* **eingegangen** sein.

Die Einlegung der Rechtsmittel ist an eine **Form** gebunden; sie muss **schriftlich**[2]) oder **zu Protokoll des Gerichtsschreibers der unteren Instanz**[3]) erfolgen, St.P.O. §§ 348, 355, 381. Doch kann der nicht auf freiem Fusse befindliche Beschuldigte nach § 341 St.P.O. alle seine auf Rechtsmittel bezüglichen Erklärungen auch zu Protokoll des Gerichtsschreibers desjenigen Gerichts geben, in dessen Gefängnis er sich befindet, eventuell, falls nämlich das Gefängnis kein gerichtliches ist, desjenigen Amtsgerichts, in dessem Bezirke das Gefängnis liegt, so, dass schon die Aufnahme dieses Protokolls in der etwa vorgeschriebenen Frist genügt.

Die Benennung des eingelegten Rechtsmittels mit seinem technischen Namen ist für die Gültigkeit des Einlegungsaktes nicht erforderlich[4]), nach § 342 St.P.O. schadet nicht einmal eine direkt falsche Bezeichnung *(Falsa demonstratio non nocet)*.

---

[1]) Der Grund hierfür ist der, dass sich dort die Akten befinden, und diese dann mit der Rechtsmitteleinlegung sogleich an das Gericht der höheren Instanz befördert werden. Die abweichende Gestaltung im Civilprozess hängt damit zusammen, dass dort die Einlegung der Berufung und Revision durch Zustellung eines Schriftsatzes mit Ladung des Gegners zu erfolgen hat, die dazu erforderliche Terminsanberaumung aber natürlich nur von dem Vorsitzenden des Gerichts der höheren Instanz erfolgen kann.

[2]) D. i. mittels eines Schriftstücks, das der Einlegende durch seine Namensschrift bekräftigt. **Bennecke** 718 Anm. 11. Eine zu Protokoll irgend jemandes gegebene Erklärung ist „schriftlich", wenn sie vom Einlegenden unterschrieben ist. Dass die Namensschrift eigenhändig sei, wird nicht gefordert werden können, es muss genügen, dass der Einlegende den Auftrag, seinen Namen zu schreiben, gegeben hatte. Daraus ergiebt sich die Zulässigkeit der Einlegung eines Rechtsmittels durch Telegramm. So E. IX, 387; R. V, 480, VI, 624, X, 166, 176; **Bennecke** 719, 760; **Löwe** 9c zu St.P.O. Buch 1; **Birkmeyer** 696. (Dagegen die frühere Praxis des Reichsgerichts, E. I, 262; R. I, 266, III, 201 u. s. w.; **Binding** Grdr. 239.)

[3]) Unterschrift des Einlegenden nicht erforderlich.— Ein Sonderprotokoll verlangt das Gesetz nicht, sodass namentlich auch die Aufnahme der Rechtsmittelerklärung in das **Hauptverhandlungs**protokoll wirksam ist, **Bennecke** 719 Anm. 13; **Stenglein** 3 zu § 355; v. **Kries** 639; **Ullmann** 585 Anm. 3. A. M. **Löwe** 5 zu § 355; M. I, 84, III, 141. Freilich ist der Gerichtsschreiber der Hauptverhandlung nicht **verpflichtet**, Rechtsmittelerklärungen aufzunehmen, v. **Kries** 639, **Ullmann** 585 a. a. O.

[4]) Vgl. **Bennecke** 719; **Löwe** 1 zu § 342.



Zeitlich wird die Einlegung eines Rechtsmittels naturgemäss regulär der anzufechtenden Entscheidung nachfolgen. Aber einen Rechtssatz, der diese Reihenfolge bestimmte, giebt es nicht [5]). Vielmehr muss nach allgemeinen Grundsätzen [6]) eine antizipierte wie jede andere bedingte Rechtsmitteleinlegung für statthaft erachtet werden [7]). Nur die zu späte, nicht die zu frühe Einlegung wird durch die Fristbestimmungen der St.P.O. für unwirksam erklärt. Die sofortige Beschwerde, die Berufung und die Revision sind nämlich an die Frist von einer Woche geknüpft, St.P.O. §§ 353, 355, 381. (Die einfache Beschwerde ist fristlos). Die Frist läuft von der Verkündigung der angefochtenen Entscheidung, und wenn eine solche nicht oder nicht in Anwesenheit des davon Betroffenen stattgefunden hat, von der Zustellung, St.P.O. §§ 353, 355 Abs. 2, 381 Abs. 2.

II. Die Rechtsmitttel sind zurücknehmbar und verzichtbar. Über Rücknahme und Verzicht zu verfügen berechtigt ist der, um dessen Anfechtungsrecht es sich handelt. Daher kann der Beschuldigte sowohl das von ihm, wie das vom Verteidiger eingelegte Rechtsmittel zurücknehmen, nicht aber das von der Staatsanwaltschaft oder von dem gesetzlichen Vertreter u.s.w. eingelegte; der Verteidiger hat ein selbständiges Rücknahmerecht überhaupt nicht [8]) St.P.O. § 344 Abs. 2; die von der Staatsanwaltschaft eingelegten Rechtsmittel können nur staatsanwaltschaftlicherseits zurückgenommen werden [9]).

---

[5]) A. M. R. III, 490; Bennecke 718.

[6]) Oben S. 289.

[7]) Beispiele: X erfährt, dass voraussichtlich eine Durchsuchung bei ihm werde verhängt werden, er remonstriert hiergegen mit der Eventualbeschwerdeklausel. — Y erklärt bei kommissarischer Vernehmung gemäss § 232 St.P.O. zu Protokoll: Sollte ich in dem Hauptverhandlungstermin verurteilt werden, so lege ich gegen dieses Erkenntnis Berufung ein.

[8]) Ebenso auch nicht andere gewillkürte Vertreter in der Erklärung, E. XXVIII, 385. Dagegen bedarf der gesetzliche Vertreter u. s. w., wenn er aus eigenem Recht das Rechtsmittel eingelegt hat, keiner Zustimmung des Beschuldigten zur Zurücknahme, E. XXVIII, 385; Stenglein 7 zu § 344; Bennecke 725 Anm. 38; v. Schwarze H. H. II, 253; v. Kries 644, Rechtsmittel 56; Ullmann 587; Voitus 2; Puchelt 5; Keller 2 zu § 344. A. M. Löwe 8 zu § 344; M. III, 592; Binding 239.

[9]) Nicht aber etwa nur von derselben Staatsanwaltschaft, die sie eingelegt hat, wie Bennecke 724 Anm. 37, Löwe 6 zu § 344 lehren. Denn Anfechtungsberechtigter ist der Staat, nicht die Staatsanwaltschaft, die ja nur sein Organ ist; es ist nirgends vorgeschrieben, dass das einlegende und das zurücknehmende Organ dasselbe sein müssen. Deshalb steht einer Zurücknahme durch die Staatsanwaltschaft des Rechtsmittelgerichts nichts im Wege. Die Praxis stimmt hiermit überein, auch Löwe kommt schliesslich auf anderem Wege zu demselben Ergebnis. Was die Reichsanwaltschaft anlangt, so kann diese freilich die von einer bundesstaatlichen Staatsanwaltschaft eingelegten Rechtsmittel nicht zurücknehmen (Löwe 6; Stenglein

Einer Zustimmung des Prozessgegners bedarf es zur Zurücknahme eines Rechtsmittels dann, wenn das auf das Rechtsmittel hin entwickelte Verfahren bereits zur Hauptverhandlung gediehen ist, 345 St.P.O. Ausserdem ist die Staatsanwaltschaft nach Einlegung eines Rechtsmittels „zu Gunsten“ des Beschuldigten nur mit Zustimmung des letzteren zurücknahmeberechtigt, § 343 Satz 2 St.P.O. Diese Bestimmung wurzelt in der Erwägung, dass möglicherweise der Beschuldigte mit Rücksicht auf das staatsanwaltschaftlich eingelegte Rechtsmittel seinerseits kein eigenes Rechtsmittel eingelegt hat.

Zurücknahme und Verzicht können schon vor Ablauf der Einlegungsfrist erfolgen, § 344 Satz 1 St.P.O.; dagegen würde eine Rücknahme- oder Verzichtserklärung vor Beginn der Einlegungsfrist unwirksam sein[10]), da eine blinde Unterwerfung unter die erst zu erwartende Entscheidung mit dem Wesen des Strafprozesses unvereinbar wäre. Ein *terminus ad quem* ist der Zurücknahme nicht gesetzt; sie muss deshalb so lange zulässig sein, als faktisch die Möglichkeit der Zurücknahme besteht, d. h. als noch nicht eine Entscheidung auf das Rechtsmittel hin ergangen ist[11]).

Perfekt ist die Rücknahme- oder Verzichtserklärung mit dem Augenblick ihres Eingangs bei dem mit der Sache befassten Gericht. Von da ab ist ein Widerruf der Erklärung unstatthaft[12]). Eine besondere Form ist für die Rücknahme- und die Verzichtserklärung nicht vorgeschrieben[13]).

III. Als verschiedene Arten der Rechtsmittel kennt die St.P.O. nur die Beschwerde, die Berufung und die Revision[14]).

Zwischen den drei Rechtsmitteln unter einander besteht der grundlegende Unterschied, dass die Beschwerde nur gegen Beschlüsse und Verfügungen, die Berufung und Revision nur gegen Urteile gegeben ist. Für den Aufbau des Prozesses haben deshalb Berufung und Revision eine viel einschneidendere Bedeutung als die Beschwerde; sie führen einen eigenen neuen Prozessabschnitt herbei, der im Gang des Prozesses seine fest angewiesene Stelle hat, während der Beschwerde eine feste Stelle im Gange des Prozesses nicht zukommt, sondern sie je nach den Umständen bald an diesem, bald an jenem Punkte einsetzen kann.

---

12 zu § 344; Bennecke a. a. O.; a. M. Ötker 605; Puchelt 6 zu § 344; v. Kries 634, 103; Ullmann 587; Binding 239), aber nur aus dem Grunde, weil das Reich über das Anfechtungsrecht der Bundesstaaten nicht verfügen kann.

[10]) Bennecke 725; E. I, 192, II, 78; R. II. 3, I, 323, V, 66; M. VI, 352; Löwe 2 zu § 344; Binding Grdr. 238.

[11]) D. h. bei Urteilen solange, als noch nicht die Entscheidung des Rechtsmittelgerichts zu Ende verkündet worden ist, oben S. 398. (Bennecke 725 nimmt an, dass schon der Beginn der Verkündung die Zurücknahme des Rechtsmittels ausschliesse).

[12]) Bennecke 725; E. II, 78; R. II, 3.

[13]) Löwe 4a zu § 344; Bennecke 725. A. M. Keller 5 zu § 344.

[14]) Kein Rechtsmittel ist der Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens, unten § 134.



Es erscheint hiernach systematisch geboten, die Beschwerde im allgemeinen Teil zu behandeln (nachstehend § 106), der Berufung und der Revision dagegen ihre Stelle in der Darstellung des Prozessgangs anzuweisen (unten §§ 129—133).

## § 106.

### β. Die Beschwerde insbesondere.

I. Die Beschwerde ist in der St.P.O. zugelassen gegen alle richterlichen Beschlüsse und Verfügungen, die ihr nicht ausdrücklich entzogen sind, § 346 St.P.O., sie mögen vom Gerichtsganzen oder vom Vorsitzenden, vom Untersuchungsrichter, Amtsrichter, ersuchten oder beauftragten Richter ausgehen.

Die Beschwerde in diesem Sinne, Prozessbeschwerde[1]), ist eine prozessuale Handlung mit prozessualen Wirkungen. Sie fällt ganz in den Rahmen des Prozesses hinein. Sie hat gar nichts zu thun mit der sogenannten Disziplinar- oder Dienst- oder Aufsichtsbeschwerde[2]). Diese wendet sich nicht an das höhere Gericht, sondern an die vorgesetzte Justizverwaltungsbehörde; sie beeinflusst vielleicht mittelbar den Prozess, ist aber selbst keine Prozesshandlung. Deshalb ist sie auch nicht in der St.P.O. geregelt, sondern richtet sich nach den Bestimmungen des Reichs- und Partikular-Beamtenrechts.

Entzogen sind der Beschwerde eine ganze Reihe von Entscheidungen, sei es in dem Sinne, dass überhaupt keine Anfechtung stattfinden solle (z. B. St.P.O. § 28 Abs. 1), sei es in dem Sinne, dass nur die selbständige Anfechtbarkeit ausgeschlossen sein, aber durch die gegen das Urteil zulässigen Rechtsmittel auf jene der Beschwerde entzogene Entscheidung solle zurückgegriffen werden können (z. B. § 347 St.P.O.).

Die der Beschwerde entzogenen Entscheidungen sind hier nicht im einzelnen aufzuzählen[3]). Generelle Bedeutung hat nur

a) die Bestimmung des § 346 Abs. 3 St.P.O., wonach Beschlüsse und Verfügungen der Oberlandesgerichte und des Reichsgerichts der Beschwerde unzugänglich sind[4]), und

b) die Bestimmung (St P.O. § 347), dass Entscheidungen der erkennenden Gerichte, die der Urteilsfällung vorausgehen[5]) (z. B. Ab-

---

[1]) Die R.M.St.G.O. (§§ 373—377) nennt sie „Rechtsbeschwerde".

[2]) Über diese vgl. Gneist, H.R.Lex. „Beschwerde, (verwaltungsrechtliche)".

[3]) Vgl. darüber Löwe 2a zu § 346; Glaser II, 444.

[4]) Ausn. G.V.G. § 160.

[5]) Das sind alle Entscheidungen des Gerichtsganzen zwischen der Eröffnung des Hauptverfahrens und der Urteilsfällung, so Löwe 2; Thilo 1; Dalcke 2 zu § 347; Geyer 798; Glaser I, 391; O.L.G Karlsruhe, Cöln, Colmar, Jena, Kiel (G.A. XXXVIII,

lehnung von Beweisanträgen), der Beschwerde unzugänglich sind. Bei dem Zusammenhang solcher Entscheidungen mit dem Urteil erschien es geboten, die Anfechtbarkeit nicht zu zerreissen, sondern zu vereinheitlichen; ist die vorangegangene Entscheidung wirklich fehlerhaft und für den Ausgang des Prozesses kausal gewesen, so wird sie von dem gegen das Urteil eingelegten Rechtsmittel mit ergriffen.

Von der Bestimmung ad b) macht aber § 347 Satz 2 die Ausnahme, dass Entscheidungen der erkennenden Gerichte über Verhaftungen, Beschlagnahmen und Straffestsetzungen, sowie solche Entscheidungen, durch die dritte Personen betroffen werden, mit Beschwerde anfechtbar sein sollen. Hier handelt es sich um Entscheidungen, denen gegenüber das gegen das Urteil eingelegte Rechtsmittel regelmässig überhaupt keine, jedenfalls aber viel zu späte Abhülfe bringen würde.

II. Beschwerdeberechtigt ist ausser den allgemeinen Anfechtungsberechtigten[6]) auch jeder Andere, der irgendwie durch die Entscheidung betroffen wird (Zeugen u. s. w.), § 346 Abs. 2 St.P.O.

III. Verfolgbar sind mit der Beschwerde *gravamina* aller Art: nicht bloss Verstösse *in jure,* in den vom *judex a quo* angewandten Rechtssätzen, sondern auch *in facto*, in der Feststellung oder Nichtfeststellung von Thatsachen.

IV. Die Einlegung der Beschwerde erfolgt wie oben § 105 I dargelegt. Es genügt die Willenserklärung des Beschwerdeführers, sich bei der Entscheidung nicht beruhigen zu wollen; einer Motivierung bedarf es nicht[7]).

Die Beschwerde ist regulär beim Untergericht einzulegen. Derjenige Richter bezw. dasjenige Gericht, dessen Entscheidung angefochten ist, können, wie sie das vor Einlegung der Beschwerde konnten[8]), so auch nachher noch, ihre Entscheidung abändern, § 348 Abs. 2 St.P.O. Thun sie das, so wird dadurch die Beschwerde gegenstandslos und ist

---

219; M. V, 481. Dagegen: O.L.G. Dresden, Ann. II, 297, IV, 482; v. Kries 696, Rechtsmittel 364; Binding 266; Ullmann 622 Anm. 3; Lamm, Rechtsmittel d. Beschwerde 21; v. Schwarze 1 zu § 347 und H. H. II, 256; Keller 2; Voitus 1; v. Bomhard 2; Puchelt 11; Stenglein 1 zu § 347; Voitus, Kontroversen I, 341 (die Beschwerde sei ausgeschlossen nur bezüglich der nach Beginn der Hauptverhandlung ergangenen Entscheidungen).

[6]) Oben § 104 II.

[7]) Bennecke 728; Birkmeyer 731. Die gegenteilige Annahme des O.L.G. Breslau G.A. XLII, 149 geht fehl und ist ohne jede gesetzliche Stütze. Bedarf doch nicht einmal die Berufung einer Rechtfertigung!

[8]) Oben § 100 V. Anders bei der sofortigen Beschwerde, oben S. 427, unten X c.

dadurch *ipso jure* erledigt[9]). Hilft das Untergericht der Beschwerde nicht ab, so hat es die Beschwerde sofort, spätestens innerhalb dreier Tage, dem *judex ad quem* vorzulegen[10]).

In dringenden Fällen erlaubt jedoch § 348 die Einlegung beim *judex ad quem*.

V. *Judex ad quem* ist, wenn ein Beschluss der Strafkammer oder eine Verfügung ihres Vorsitzenden angefochten wird, das Oberlandesgericht, G.V.G. § 123⁵ [11]), wenn ein Beschluss bezw. eine Verfügung des erkennenden Amts- oder des Schöffengerichts oder des Amtsrichters angefochten wird, die Strafkammer, G.V.G. § 72.

Wird gegen den Untersuchungsrichter des Landgerichts Beschwerde geführt, so entscheidet die Strafkammer, § 72 G.V.G., gegen den Untersuchungsrichter des Reichsgerichts, der 1. Strafsenat des Reichsgerichts, § 138 G.V.G.

Beschwerden über den ersuchten Richter gehen an das vorgesetzte Landgericht[12]); solche über den beauftragten Richter an das Gericht, das dem Kollegium, zu dem der beauftragte Richter gehört, im Instanzenzuge vorgesetzt ist.

Besonderes gilt für die Beschwerde gegen Ungebührordnungsstrafen: über sie entscheidet das Oberlandesgericht, § 183 G.V.G.; sowie für die Beschwerde über die Gewährung oder Nichtgewährung der Rechtshülfe: über sie entscheidet das Oberlandesgericht, eventuell das Reichsgericht, § 160 G.V.G.

VI. Eine Frist ist der gewöhnlichen Beschwerde nicht gesetzt.

VII. Suspensiveffekt für die Rechtskraft der Entscheidung kann die gewöhnliche Beschwerde nicht haben[13]). Aber auch der Vollzug der angefochtenen Entscheidung wird durch die Beschwerde regelmässig nicht gehemmt[14]); nur kann ein Aufschub der Vollziehung

---

[9]) In solcher Abänderung liegt nicht etwa eine Entscheidung auf die Beschwerde, letztere diente vielmehr nur als äusserer Anstoss zur Änderung der Entscheidung. Deshalb liegt in dieser Änderungsbefugnis des Untergerichts auch keine Verkürzung des Devolutiveffekts der Beschwerde. Die Entscheidung über die Beschwerde ist durchaus nur Sache des Obergerichts, nur kann das Untergericht dem Fortgang der Beschwerde und damit der Entscheidung des Obergerichts dadurch vorbeugen, dass es seine frühere Entscheidung zurücknimmt.

[10]) Auch wenn es die Beschwerde für unzulässig hält.

[11]) Und zwar in Preussen das Kammergericht, sofern eine nach Landesrecht strafbare Handlung den Gegenstand der Untersuchung bildet, § 50² des Preuss. A.G.V.G. (auf Grund des § 9 E.G.V.G.). Entsprechend Bayr. A.G.V.G. § 41.

[12]) Nur ist zu beachten, dass, insoweit der ersuchte Richter nur pflichtmässig dem Ersuchen genügt, eine Beschwerde vielmehr gegen die ersuchende Behörde zu richten ist. So im wesentlichen Bennecke 728; Löwe 4c, d; Stenglein 5 zu § 346; v. Kries 698 und Rechtsmittel 373; Puchelt 9 zu § 347; Dalcke 4; Keller 6 zu § 346; Binding Grdr. 266; Geyer 797; Meves H.R.Lex. „Beschwerde". Anders v. Schwarze 8 zu § 346 und H. H. II, 260.

[13]) Oben § 100 VI.

[14]) Ausnahmen gelten für G.V.G. § 183, St.P.O. § 81.

sowohl vom *judex a quo*, wie auch vom *judex ad quem* angeordnet werden, St.P.O. § 349.

VIII. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts ergeht ohne mündliche Verhandlung, § 351 St.P.O.[15]), doch kann das Gericht zuvor den Gegner des Beschwerdeführers schriftlich hören, § 350; „in geeigneten Fällen" bedarf es einer vorgängigen Anhörung der Staatsanwaltschaft, § 351 St.P.O. Sollten Ermittelungen erforderlich sein, so hat das Beschwerdegericht diese anzuordnen oder selbst vorzunehmen, St.P.O. § 350. *Nova* sind unbeschränkt zulässig. Im übrigen bestimmt sich das Beschwerdeverfahren nach dem Ermessen des Gerichts.

Die Entscheidung des Beschwerdegerichts (Beschluss) ergeht auf Verwerfung der Beschwerde „als unzulässig", sofern die prozessualen Voraussetzungen der Beschwerde fehlen; auf Verwerfung der Beschwerde „als unbegründet", sofern die Beschwerde zwar prozessual zulässig ist, der Inhalt der angefochtenen Entscheidung aber kein *gravamen* des Beschwerdeführers enthält; ist dagegen die Beschwerde sowohl zulässig, als auch begründet, so ist die angefochtene Entscheidung aufzuheben und durch e i g e n e Entscheidung des Beschwerdegerichts selbst zu ersetzen, § 351 Abs. 2 St.P.O.; nicht also erfolgt Zurückverweisung der Sache an den *judex a quo*[16]).

IX. Mit der Entscheidung des Beschwerdegerichts ist die Angelegenheit erledigt. Mit Rücksicht auf die notwendige Beschleunigung der Strafprozesse ist eine weitere Beschwerdeinstanz nicht gewährt, St.P.O. § 352 Abs. 2, und zwar selbst dann nicht (im Gegensatz zum Civilprozess), wenn *duae sententiae difformes* vorliegen.

Nur insoweit es sich um Verhaftungsfragen handelt, kann „weitere Beschwerde" („Oberbeschwerde"), sei es von dem bisherigen Beschwerdeführer, sei es von dem Gegner, eingelegt werden, und zwar selbst dann, wenn *duae sententiae conformes* vorlagen, so jedoch, dass dem allgemeinen Grundsatze[17]) gemäss eine solche Beschwerde nur an das Oberlandesgericht, nicht darüber hinaus, gehen kann, § 352 Abs. 1 St.P.O.

---

[15]) Ausnahme St.P.O. § 122.

[16]) Vgl. aber auch E. XIX, 332 und Bennecke 731 Anm. 29; Löwe 4 zu § 351; v. Kries 700; Birkmeyer 733.

[17]) § 346 Abs. 3 St.P.O., oben Ia. Weil die „weitere Beschwerde" keine Eigenheiten gegenüber der gewöhnlichen Beschwerde aufweist, kämpfen v. Kries. Rechtsmittel 361 Anm. 191; Binding Grdr. 265 gegen die (im Gesetz nicht vorkommende) Bezeichnung „weitere Beschwerde" (Geyer 796; Dochow-Hellweg 377; Löwe 3 zu § 353) an. Der Streit hat aber nur terminologische Bedeutung.

X. Eigengeartet ist die sogenannte „sofortige Beschwerde“, § 353 St.P.O., die in zahlreichen Fällen[18]) an Stelle der einfachen Beschwerde gegeben ist. Sie ist

a) an die Frist von einer Woche gebunden, hat sonach auch Suspensiveffekt für die Rechtskraft der angefochtenen Entscheidung.

b) Sie kann in allen Fällen beim Obergericht eingelegt werden;

c) Der *judex a quo* kann seine Entscheidung nicht abändern[19]).

Im übrigen gilt für die sofortige Beschwerde dasselbe, wie für die einfache Beschwerde, namentlich auch hinsichtlich der Vollziehung der angefochtenen Entscheidung.

## § 107.

### III. Handlungen der behördlichen Hülfsorgane, insbesondere Zustellung und Protokollierung.

I. Als Handlungen der behördlichen Hülfsorgane kommen z. B. in Betracht: die Festnahme einer Person, die Ausführung einer angeordneten Durchsuchung u. s. w., besonders aber die Zustellungen und Beurkundungen.

II. Zustellung ist die förmliche Übermittelung eines Schriftstücks durch einen zuständigen Beamten an einen Adressaten unter Beurkundung der Übergabe, sei es im Auftrage einer Partei oder des Gerichts. Den Gegensatz zu ihr bildet die formlose Übersendung des Schriftstücks. Die Zustellung ist das Mittel für die Bekanntmachung gerichtlicher Entscheidungen[1]), aber auch von Parteiwillensäusserungen, insbesondere von Ladungen[2]).

Für Zustellungen gerichtlicher Entscheidungen Sorge zu tragen ist prinzipiell Sache der Staatsanwaltschaft, St.P.O. § 36; vorbildlich war für diese Gesetzesbestimmung das rheinisch-französische Recht mit seiner Tendenz der Reinerhaltung des Richteramts (vgl. *Code d'instruct. crim.* Art. 28). Das Gericht selbst lässt das zuzustellende Schriftstück nur in den Ausnahmefällen der §§ 36 Abs. 2, 425 Abs. 2 St.P.O. ab.

Die Art und Weise der Zustellung richtet sich nach den Vorschriften der C.P.O. (N.C.P.O. § 166 ff.), die auf den Strafprozess nach

---

[18]) St.P.O. §§ 28, 46, 81, 122, 180 u. s. w.; Löwe 1 zu § 353. Auch die Oberbeschwerde im Falle des § 122 St.P.O. ist eine „sofortige“, Bennecke 732 Anm. 36; Löwe 3; Puchelt 2; Dalcke 6; Stenglein 2 zu § 353; v. Kries 701; Binding 214; Lamm, Beschwerde 40. A. M. Keller 4 zu § 353.

[19]) Oben § 100 Va S. 427.

[1]) Oben § 96 II, § 99 IVb, § 100 IV.

[2]) Oben § 103 III.

St.P.O. § 37 analog zu übertragen sind, insoweit sie passen[3]); doch regelt die St.P.O. einzelne Punkte selbst zusätzlich zu den civilprozessualen Bestimmungen.

Danach erfolgt die Zustellung grundsätzlich durch Aushändigung einer Ausfertigung oder beglaubigten Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks; nur Zustellungen an die Staatsanwaltschaft werden nach § 41 St.P.O. durch unmittelbare Vorlegung der Urschrift bewirkt.

Befindet sich der Zustellungsempfänger nicht auf freiem Fusse[4]), so ist ihm das Schriftstück auf sein Verlangen vorzulesen, § 35 Abs. 3 St.P.O. Diese Vorlesung ist jedoch kein Teil des Zustellungsaktes, sondern ein Accedens; das Gesetz spricht von Vorlesung des zugestellten Schriftstücks[5]).

Das die Zustellung ausführende Organ ist regelmässig der Gerichtsvollzieher oder Postbote, N.C.P.O. §§ 166, 194. Doch bedarf es für Zustellungen an die Staatsanwaltschaft im Sinne des § 41 St.P.O. keines vermittelnden Organs.

Nach den civilprozessualen Bestimmungen beantwortet sich ferner die Frage, inwieweit eine Aushändigung des Schriftstücks an einen Dritten an Stelle des Adressaten statthaft ist (Ersatzzustellung).

Endlich ist auch die Aufnahme einer Zustellungsurkunde nach Massgabe der C.P.O. nötig. Doch lässt § 39 St.P.O. für das Vorverfahren und für das Strafvollstreckungsverfahren zu, dass die Landesjustizverwaltungen einfachere Beurkundungsformen anordnen[6]).

Bei Zustellungen an die Staatsanwaltschaft nach § 41 St.P.O. bedarf es einer Beurkundung nur, sofern durch die Zustellung eine Frist in Lauf gesetzt wird; sie erfolgt in diesem Falle durch einfachen Eingangsvermerk (Präsentatum)[7]) der Staatsanwaltschaft selbst.

Neben der eigentlichen Zustellung kennt das Gesetz noch eine „öffentliche Zustellung“ an den Beschuldigten, § 40 St.P.O., die in Wahrheit eine fingierte Zustellung ist. Sie ist zulässig, wenn die Zustellung nicht in der vorgeschriebenen Weise im Deutschen

---

[3]) Löwe 4 ff. zu § 37; Binding Grdr. 171. Der Übertragung auf den Strafprozess unfähig sind z. B. die Zustellung durch Aufgabe zur Post (N.C.P.O. §§ 175, 179, 192) und die Zustellung von Anwalt zu Anwalt (N.C.P.O. § 198).

[4]) Gleichviel, ob er eine Freiheitsstrafe verbüsst, oder sich in Untersuchungshaft, in Zwangshaft, in korrektioneller Nachhaft u. s. w. befindet, Bennecke 426 Anm. 17.

[5]) Bennecke 426.

[6]) Das ist z. B. geschehen in Preussen durch A. V. vom 16. Juli 1879, J.M.Bl. 194; in Bayern durch Bekanntmachung vom 29. August 1879, J.M.Bl. 554.

[7]) „Eingegangen den . . .“ oder „pr. den . . .“.



Reiche bewirkt werden kann, und die Befolgung der für Zustellungen im Auslande bestehenden Vorschriften unausführbar oder voraussichtlich erfolglos erscheint. Solchenfalls kann die Zustellung durch Einrückung des Inhalts des zuzustellenden Schriftstücks in ein deutsches oder ausländisches Blatt ersetzt werden. Sie gilt als erfolgt, wenn seit dem Erscheinen der betreffenden Nummer dieses Blattes zwei Wochen verstrichen sind. War eine Ladung zur Hauptverhandlung dem Beschuldigten bereits zugestellt, so kann ein noch einfacherer Weg beschritten werden, wenn die Zustellung sich nicht auf gewöhnlichem Wege im Deutschen Reiche bewirken lässt: es bedarf nur einer Anheftung des zuzustellenden Schriftstücks an die Gerichtstafel des Gerichts erster Instanz; nach zweiwöchigem Aushang gilt die Zustellung als erfolgt.

III. Gewisse prozessuale Vorgänge sind schriftlich aufzuzeichnen, zu beurkunden, zu protokollieren, damit in Zukunft an der Hand dieser Aufzeichnungen das Vorgefallene festgestellt werden kann, also zu Zwecken des Beweises (im weiteren Sinne)[8].

Diese Aufzeichnung ist grundsätzlich Sache des Gerichtsschreibers, so jedoch, dass meist — nicht immer[9]) — der Richter mitzuwirken hat, sodass nur das gemeinschaftlich Beurkundete den gültigen Protokollinhalt bildet[10]). Bilden sich also Meinungsverschiedenheiten über einen Vorgang zwischen dem Gerichtsschreiber und dem Richter, so geht nicht etwa die Auffassung des letzteren vor, sondern der strittige Punkt kann eben nicht in das Protokoll aufgenommen werden[11]).

Von besonderer Wichtigkeit ist das über die Hauptverhandlung aufzunehmende Sitzungsprotokoll.

1. Es hat zu enthalten zunächst gewisse stehende formularmässige Angaben, § 272 St.P.O., sodann aber muss es die wesentlichen Züge der Hauptverhandlung („Gang und Ergebnisse") wiederspiegeln, die Beobachtung aller wesentlichen[12]) Förmlichkeiten ersichtlich machen,

---

[8]) Nicht hierher gehört die Abfassung der Urteils, oben § 96 I. Sie ist nicht rein berichtender Natur, nicht blosses Protokoll über Beratung und Abstimmung.

[9]) Vgl. z. B. G.V.G. § 45 Abs. 3, 51 Abs. 6, dazu freilich Löwe 5 zu § 45.

[10]) E. XXIII, 244.

[11]) Bennecke 573 Anm. 9; R. I, 418; V, 191; E. I, 242; Löwe 3a zu § 271; Binding Grdr. 90 III.

[12]) „Wesentlich ist all das, auf dessen Nichtbeachtung ein Rechtsmittel gegen das Urteil vielleicht gestützt werden könnte", Bennecke 574. — Vgl. Ortloff G.A. XLIV, 98. — Beispielsweise muss vermerkt werden, dass das Urteil verkündet worden ist, dass der Angeklagte auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts aufmerksam gemacht worden ist (St.P.O. § 264, unten § 122), dass Zeugen vereidigt worden sind u. s. w.

die verlesenen Schriftstücke [13]) bezeichnen, die gestellten Anträge, die ergangenen Entscheidungen und die Urteilsformel enthalten, § 273 Abs. 1 St.P.O.

Für das schöffengerichtliche Sitzungsprotokoll tritt hinzu die Niederschrift des Inhalts der Aussagen der vernommenen Personen, § 273 Abs. 2 St.P.O. [14]). Dies deshalb, weil diese Niederschrift für die in Schöffensachen gewährte Berufungsinstanz Bedeutung hat (§ 366 St.P.O.).

Daneben hat der Vorsitzende in allen Fällen auch andere Vorgänge, auf die es ankommt, protokollarisch feststellen zu lassen und zwar „vollständig", besonders Aussagen und Äusserungen, deren Wortlaut festgehalten werden soll, § 273 Abs. 3 St.P.O. In diesem Falle ist das Niedergeschriebene zu verlesen und im Protokoll zu bemerken, dass die Verlesung geschehen und Genehmigung erfolgt ist, oder welche Einwendungen erhoben sind. Für die übrigen Teile des Protokolls ist dagegen eine Verlesung nicht vorgeschrieben, was angesichts der eilfertigen Herstellung des Protokolls jedenfalls in Ansehung der Zeugenaussagen *de lege ferenda* höchst bedenklich ist.

Keinen Raum bietet das Sitzungsprotokoll selbstverständlich für solche Vorgänge, die der Wahrnehmung einer der Urkundspersonen entzogen waren; so für die Vorgänge bei der Beratung und Abstimmung [15]).

2. Zu unterschreiben ist das Protokoll von dem Vorsitzenden und dem Gerichtsschreiber, § 271 Abs. 1 St.P.O. Für Verhinderungsfälle trifft § 271 Abs. 2 daselbst besondere Bestimmungen.

3. Die Bedeutung des Sitzungsprotokolles wird durch § 274 St.P.O. wesentlich gesteigert, insofern nach dieser Bestimmung in Ansehung der für die Hauptverhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten

*a*) einmal andere Beweismittel, als das Sitzungsprotokoll, für unkräftig erklärt sind [16]); und sodann

---

[13]) In den Fällen der §§ 252, 253 St.P.O. — oben S. 253, 254 — auch den Grund der Verlesung, sofern eine der Parteien darauf anträgt, § 254 St.P.O. Vgl. dazu Ortloff G.A. XLIV, 116.

[14]) Hierbei kann aber auf frühere bei den Akten befindliche Aussage der vernommenen Person dergestalt Bezug genommen werden, dass diese integrierender Bestandteil des Protokolls werden. R. I, 814, VI, 212, VII, 106, IX, 380; Bennecke 574 Anm. 14; Löwe 8; Stenglein ** zu § 273.

[15]) Dies auch dann, wenn der Gerichtsschreiber ein im Vorbereitungsdienst stehender Rechtskundiger ist, denn bei der Beratung und Abstimmung ist er nicht *qua* Gerichtsschreiber anwesend.

[16]) Das Reichsgericht lässt nicht einmal die Urteilsgründe gegen das Protokoll aufkommen, R. IX, 379; E. XXXI, 163.

β) dem Sitzungsprotokoll volle Beweiskraft beigelegt wird, (sowohl positiv — die beurkundeten Förmlichkeiten seien eingehalten —, wie negativ — die nicht beurkundeten seien nicht eingehalten [17] —) unter Vorbehalt einzig und allein des Gegenbeweises der Fälschung [18]).

Beide Sätze gelten aber nur für die im Laufe desselben Prozesses zu treffende Feststellung der Förmlichkeiten [19]), also namentlich für die höhere Instanz. Kommen diese Förmlichkeiten in einem anderen Prozess zur Sprache, so ist hier der Beweis völlig frei.

4. Für die Berichtigung des Protokolls gilt Entsprechendes, wie für die Berichtigung der Urteilsurkunde [20]). Es muss somit eine nachträgliche Änderung für zulässig erachtet werden, wenn die Urkundspersonen sich überzeugen, dass das Beurkundete der Wahrheit nicht entspricht. Eine zeitliche Grenze hierfür ist der St.P.O. völlig unbekannt [21]), gleichgültig ist sowohl der Eingang des Protokolls bei den Akten [22]), als auch die etwaige Einlegung eines Rechtsmittels [23]).

Die Berichtigung des Protokolls beseitigt natürlich *ipso jure* dessen Beweiskraft in dem Punkte, auf den sich die Berichtigung bezieht, ohne dass etwa noch ein „Gegenbeweis der Fälschung" im Sinne des § 274 als notwendig in Frage käme [24]). Die alte Fassung des Protokolls ist nach erfolgter Berichtigung nicht mehr *in mundo.*

---

[17]) Bennecke 575; E. I, 85, II, 76.

[18]) Ausgeschlossen ist unbestrittenermassen der Gegenbeweis, dass die Urkundspersonen irrtümlich, es sei fahrlässig oder schuldlos, etwas Unwahres beurkundet haben. Zulässig ist jedenfalls der Gegenbeweis, dass das Protokoll ganz oder in dem betreffenden Teile von einem Unberechtigten (wozu auch jede Urkundsperson bei Fehlen der Zustimmung der anderen Urkundsperson gehört) herrühre. Nach Bennecke 575, ebenso Löwe 4a zu § 274, E. V, 44, VII, 388, XX, 166, R. III, 587, IV, 875, soll auch der Gegenbeweis zulässig sein, dass das Protokoll zwar von den Urkundspersonen herrühre, dass aber diese vorsätzlich etwas Unwahres beurkundet hätten. Damit ist der Begriff der Fälschung verkannt, vgl. Beling, Grundz., 78.

[19]) Sie sind selbst in dieser Beschränkung höchst unnatürlich und führen direkt zu Ungerechtigkeiten. Es ist ein erfreulicher Fortschritt, wenn M.St.G.O. § 335 den Beweis der Unrichtigkeit schlechthin zulässt.

[20]) Oben § 97 II.

[21]) Ebenso John III, 493; v. Kries 543.

[22]) A. M. E. XVII, 346; R. X, 364; E. III, 47, XXI, 200, XIX, 367; Löwe 5 zu § 271, 3b zu § 274. Indessen läuft die Ansicht des Reichsgerichts und Löwes sachlich auf dasselbe Ergebnis, wie die Auffassung dieses Lehrbuchs, hinaus, insofern zwar eine „Änderung" des Protokollinhalts nur bis zu dem Zeitpunkt zugelassen wird, in dem das Protokoll zu den Akten gebracht wird, doch aber nachher noch besondere Zusatzerklärungen mit dem Vorzugsrecht vor dem Protokoll zugelassen werden. Dagegen war auch sachlich anderer Meinung E. VIII, 141, R. V, 170, wonach die nachträglichen Erklärungen der Urkundspersonen unbeachtlich sein sollten.

[23]) A. M. E. II, 76. XXIV, 214; R. I, 840, V, 451; Löwe 3b zu § 274; Bennecke 575 Anm. 19; Ortloff G.A. XLIV, 109.

[24]) E. XIX, 367; Löwe 3b zu § 274.

## § 108.

## Viertes Kapitel.

# Die Kosten im Strafprozess.

I. Die durch einen Strafprozess verursachten Kosten [1]) setzen sich zusammen aus „Auslagen“, das sind Aufwendungen, die ein Prozessbeteiligter für die Zwecke des Prozesses macht [2]), und (Staats-)„Gebühren“, das sind Geldbeträge, die der Staat für die in dem betreffenden Prozess entwickelte Thätigkeit der Staatsorgane erhebt.

Das Aufkommenmüssen für die Kosten ist die Kostenlast. Sie besteht im allgemeinen darin, dass der, der sie zu tragen hat, einesteils für die gehabten Auslagen keine Erstattung beanspruchen und, wenn es der Staat ist, keine Gebühren beanspruchen kann, anderenteils anderen Personen kostenerstattungspflichtig ist [3]).

Die Kostenlast ist ersichtlich nicht strafprozessualer, noch viel weniger materiellstrafrechtlicher Natur [4]). Andererseits darf man sie auch nicht dem Civilrecht zuweisen [5]), da der Staat im Strafprozess als Hoheitssubjekt auftritt, mithin der Ursprung der Kosten im öffentlichen Recht wurzelt. Die Kostenlast trägt somit publizistischen, verwaltungsrechtlichen (speziell justizverwaltungsrechtlichen) Charakter.

II. Den Träger der Kostenlast bestimmt das Gesetz wie folgt:

1. Für die Kosten des Prozesses in seiner Gesamtheit haftet

a) der Angeklagte dann, wenn er rechtskräftig verurteilt wird, § 497 St.P.O.[6]) Dies auch dann, wenn die Verurteilung erst in höherer

---

[1]) Im Gegensatz zu diesen stehen die durch die Rechtspflege im allgemeinen erwachsenden Kosten (für Bau und Unterhaltung der Gebäude, Besoldung der Beamten u. s. w.); diese allgemeinen Kosten „bilden eine allgemeine Staatslast, die auf die Parteien abzuwälzen kein Staat versucht, womit sich also der Richter im Urteil nie befasst“ (Binding Grdr. 215).

[2]) Hierher gehören die vom Staate verauslagten Zeugengebühren und Haftkosten, die vom Beschuldigten verauslagten Gebühren für einen Verteidiger, die Porti u. s. w. Die Höhe der den Zeugen und Sachverständigen, Rechtsanwälten und Gerichtsvollziehern zukommenden Gebühren richtet sich nach den verschiedenen Gebührenordnungen.

[3]) Erstattungsfähig sind gemachte Auslagen prinzipiell aber nur insoweit, als sie notwendig waren. Bezüglich der Notwendigkeit der Zuziehung eines Anwalts im Privatklageverfahren trifft § 503 Abs. 5 St.P.O. eine Spezialbestimmung. Die Notwendigkeit der Zuziehung eines Verteidigers ist nicht nach § 140 St.P.O. — oben § 44 IV — zu beurteilen, im Sinne der Kostenerstattung kann eine Verteidigung auch in solchen Fällen sachlich „notwendig“ sein, wo sie formell nicht notwendig war, Bennecke 807 Anm. 31.

[4]) Deshalb kann selbstverständlich keine Rede davon sein, dass etwa die Kosten wie die Geldstrafe im Falle der Unbeitreibbarkeit in Freiheitsentziehung umgewandelt würden.

[5]) Das thun Bennecke 805; Ullmann 649.

[6]) Auf die Einziehungsinteressenten im objektiven Verfahren darf diese Bestimmung nicht übertragen werden, R. VII, 297, X, 131, E. XII, 198, XVII, 114; Löwe 6 zu § 478; Bennecke 701.

Instanz erfolgt, während eine frühere Instanz anders entschieden hatte; er muss also — was legislatorisch nicht unbedenklich ist — auch die Kosten der Instanzen tragen, in denen er freigesprochen worden war.

Da die Rechtskraft der Verurteilung nur bei Lebzeiten des Beschuldigten eintreten kann [7]), die rechtskräftige Verurteilung aber die Grundlage der Kostenlast ist, so ergiebt sich, dass der vor Rechtskraft eingetretene Tod des Verurteilten diesen der Kostenlast enthebt (St.P.O. § 497 Abs 2). Stirbt der Verurteilte dagegen erst nach Rechtskraft des Urteils, so haftet der Nachlass für die Kosten.

Bezog sich das Verfahren auf mehrere real konkurrierende Thaten, und wird nicht bezüglich aller verurteilt, so beschränkt sich die Kostenlast des Angeklagten natürlich nur auf diejenigen der verbundenen Strafsachen, die mit Verurteilung geendet haben, St.P.O. § 498 Abs. 1 [8]).

Ihrem Umfange nach begreift die Kostenlast der Regel [9]) gemäss auch die dem Kläger erwachsenen notwendigen Auslagen in sich, St.P.O. §§ 497, 503 Abs. 1.

Sind mehrere Beschuldigte als bei einer und derselben That beteiligt [10]) verurteilt worden, so haften sie im Verfahren auf öffentliche Klage für die Gebühren ein jeder einzeln, für die Auslagen (mit Ausnahme der Kosten der Untersuchungshaft und der Strafvollstreckung) dagegen als Gesamtschuldner, St.P.O. § 498 Abs. 2; im Privatklageverfahren haften sie in vollem Umfang als Gesamtschuldner, § 503 Abs. 4 St.P.O. Die Vergemeinschaftung der Kostentragung kann aber augenscheinlich nur da in Frage kommen, wo ein gemeinschaftliches Verfahren gegen die mehreren Beschuldigten stattgefunden hat; dagegen wird sie nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Urteile gegen die Mehreren in diesem gemeinschaftlichen Verfahren in verschiedenen Phasen oder Zeitpunkten gefällt sind [11]).

---

7) Oben S. 405 Anm. 2.

8) Dagegen ist die etwaige Verneinung ideell konkurrierender Gesichtspunkte in einem verurteilenden Erkenntnis für die Kostenfrage gleichgültig; R. V, 604, E. XII, 87, XV, 105; Löwe 1 zu § 498; Bennecke 806 Anm. 18. (A. M. Binding Grdr. 216.) Das ergiebt sich aus der Einheit des Strafanspruchs, oben § 61 III 1 c. Ebenso versteht es sich, dass bei Handlungseinheit die Kostenlast voll dem Angeklagten zufällt, auch wenn einzelne Partikelchen des Handlungskomplexes (z. B. die eine oder andere Einzelhandlung eines fortgesetzten Delikts) verneint werden. E XXIX, 106; Binding Grdr. 216.

9) Oben bei Anm. 3.

10) Dabei muss es sich um eine der Formen der „Teilnahme" im Sinne des materiellen Strafrechts handeln, das Verhältnis des Begünstigers und des Hehlers zum Vorthäter, sowie des Bestochenen und Bestechenden u. s. w. kommen nicht in Betracht, sonst verschwimmt der Begriff völlig. Meves H. H. II, 522; Ullmann 651, Keller 8 zu § 498. Vgl. oben S. 356. A. M. R. VII, 334, 624, IX, 457; E. XII, 226; Löwe 4; Stenglein 3; Puchelt 3 zu § 498; Herzog G.A. XXVIII, 1; Bennecke 806 Anm. 19.

11) Puchelt 3; Stenglein 4; Löwe 7 zu § 498; Ullmann 651; Bennecke 806 Anm. 21. A. M. Keller 7; Meves H. H. II, 522; v. Kries 773.

b) Endigt das Verfahren anders als mit Verurteilung, also namentlich mit Freisprechung oder Einstellung des Verfahrens, so trägt die Kostenlast der **Kläger**, der das Klagerecht in erster Instanz geltend gemacht hat, also bei öffentlicher Klage der betreffende Bundesstaat (die „Staatskasse") oder — in erstinstanzlichen Reichsgerichtssachen — das Reich (die „Reichskasse"), § 506 St.P.O., bei Privatklage der Privatkläger, §§ 499, 503 St.P.O., vgl. G.K.G. § 89. War das anfänglich auf Privatklage anhängige Verfahren von der Staatsanwaltschaft übernommen worden, so ist der Privatkläger in Ansehung der Kosten aus dem Prozess ausgeschieden, und die Staatskasse an seine Stelle gerückt. Mehrere Privatkläger haften als Gesamtschuldner, St.P.O. § 503 Abs. 4.

In der Kostenlast, die dem Privatkläger obliegt, ist in allen Fällen die Pflicht enthalten, dem Beschuldigten die diesem erwachsenen notwendigen Auslagen zu erstatten, § 503 Abs. 2; bezüglich des die Kostenlast tragenden Staates dagegen bestimmt § 499 Abs. 2 St.P.O. nur, dass diesem Staate die Erstattung der dem Beschuldigten[12]) erwachsenen notwendigen Auslagen auferlegt werden **kann**.

Frei von der Kostenlast bleibt der **Neben**kläger als solcher[13]). Etwas anderes gilt für den Nebenkläger, der erfolglos ein Rechtsmittel eingelegt hat, unten II 2b.

Von dem Prinzip ad b macht das Gesetz folgende Ausnahmen:

α) Bei Straffreierklärung kann das Gericht dem **für straffrei Erklärten**[14]) die Kosten auferlegen, § 500 St.P.O.

β) War das Verfahren durch eine wider besseres Wissen gemachte oder auf grober Fahrlässigkeit beruhende Anzeige veranlasst worden, so kann das Gericht dem **Anzeigenden** die der Staatskasse und dem Beschuldigten erwachsenen Kosten aufbürden, § 501 St.P.O.

γ) Hat ein Verfahren wegen Zurücknahme eines gestellten Strafantrages mit Einstellung geendet, so trifft den **Strafantragsteller** die Kostenlast, St.P.O. § 502.

δ) Hatte der Verletzte durch ein Klageprüfungsverfahren die Erhebung der öffentlichen Klage herbeigeführt, ist aber schliesslich der Angeschuldigte ausser Verfolgung gesetzt oder freigesprochen, oder das Verfahren eingestellt worden, so trägt der **Antragsteller, der das Klageprüfungsverfahren veranlasst hatte**, die Kosten; doch kann ihn das Gericht davon entbinden, § 504 St.P.O.

---

[12]) Die Einziehungsinteressenten dagegen haben ihre Auslagen stets selbst zu tragen, Löwe 6 zu § 478.

[13]) E. XXXI, 230; Binding Grdr. 217.

[14]) Natürlich nur dem für straffrei erklärten **Angeklagten**, nicht seinem nicht mit angeklagten Beleidigungs-(Körperverletzungs-)Gegner. **Bennecke** 808 Anm. 34; E. XIII, 211, 421; R. VIII. 11.

2. Die vorentwickelten Grundsätze, wonach regelmässig die Kosten im Ganzen der einen oder anderen Person zur Last fallen, erleiden verschiedene Durchbrechungen. Es kann nämlich in bestimmten Fällen eine Teilung der Kostenlast eintreten.

So kann im Privatklageverfahren das Gericht die Kosten zwischen Kläger und Angeklagten angemessen verteilen, wenn den Anträgen des Klägers nur teilweise entsprochen worden ist, § 503 Abs. 3 St.P.O.

Ebenso kann in dem oben 1 b $\delta$ bezeichneten Falle das Gericht gegenüber dem Antragsteller verfahren, der den Prozess durch Antrag auf gerichtliche Entscheidung veranlasst hatte, § 504 Satz 1; auch kann es nach Befinden der Umstände dem Antragsteller einen Teil der Kosten abnehmen, § 504 Satz 2.

Ferner erfahren gewisse Stücke des Verfahrens eine abgesonderte Kostenbehandlung.

a) Hat der Prozess mit Freisprechung oder Ausserverfolgungssetzung geendet, so trägt gleichwohl der Angeschuldigte diejenigen Kosten, die er durch schuldbare Versäumnis verursacht hat, § 499 Abs. 1 St.P.O.

b) Separate Behandlung erfahren weiter die Kosten eines zurückgenommenen oder erfolglos eingelegten[15]) Rechtsmittels; sie fallen dem, der das Rechtsmittel eingelegt hatte (Angeklagten, Kläger, Nebenkläger, gesetzlichem Vertreter oder Ehemann, Einziehungsinteressenten u. s. w.), zur Last. Dabei haftet der Staat für die dem Beschuldigten erwachsenen notwendigen Auslagen nicht ohne weiteres[16]); nur kann ihm deren Erstattung auferlegt werden. Hatte das Rechtsmittel teilweise Erfolg, so kann das Gericht die Kosten angemessen verteilen, § 505 Abs. 1 St.P.O.

c) Dasselbe wie für die Rechtsmittel gilt für die Wiederaufnahme des Verfahrens, § 505 Abs. 2.

d) die Kosten der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand trägt der Antragsteller, mit Ausnahme derjenigen, die durch einen unbegründeten Widerspruch des Gegners entstanden sind, § 505 Abs. 3 St.P.O.

e) Eine spezielle Kostenlast legen endlich §§ 50, 69, 77, 145 St.P.O. und § 86 Abs. 2 G.K.G. gewissen Dritten auf.

III. In formeller Hinsicht bildet die Feststellung der Kostenlast in Gemässheit der vorstehenden Sätze, obwohl die Kostenfrage eine ausserprozessuale ist, doch ein Annex des Prozessgegenstandes:

---

[15]) Hatte das Rechtsmittel Erfolg gehabt, so bilden die dadurch entstandenen Kosten schlechthin einen Teil der Gesamtprozesskosten, fallen also mit diesen dem schliesslich Unterlegenen zur Last. Vgl. E. XVIII, 347, XXX, 128; Binding Grdr. 217.

[16]) Vgl. oben II 1b Abs. 2.

1. Jedes Urteil, jeder Strafbefehl und jede eine Untersuchung einstellende Entscheidung muss darüber Bestimmung treffen, wer die Kosten zu tragen hat, § 496 Abs. 1 St.P.O.

Ein besonderes rechtliches Gehör über den Kostenpunkt schreiben die §§ 501 und 504 St.P.O. für die oben II 1 b β und γ erwähnten Fälle vor.

Dieser Ausspruch über die Kosten unterliegt den gewöhnlichen, gegen die betreffenden Entscheidungen zulässigen Rechtsbehelfen, und zwar auch für sich allein, d. h. auch dann, wenn in der Sache selbst der Rechtsbehelf nicht angewendet wird [17]); anfechtungsberechtigt ist dabei in erster Linie derjenige, dem durch die Entscheidung die Kostenlast aufgebürdet worden ist [18]).

Die Fälligkeit der Gebühren und Auslagen tritt für den verurteilten Beschuldigten erst mit der Rechtskraft des Urteils ein, G.K.G. § 96.

2. Eine isolierte Kostenentscheidung ergeht in dem Falle des § 501 St.P.O. — oben II 1 b β — dann, wenn noch kein Gericht mit der Sache selbst befasst war; sie erfolgt auf Antrag der Staatsanwaltschaft durch dasjenige Gericht, das für die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständig gewesen wäre; der Beschluss ist durch sofortige Beschwerde anfechtbar, St.P.O. § 501 Abs. 2 und 3 [19]).

3. Die gerichtliche Kostenentscheidung ist jedoch nicht der einzige Titel, auf den sich die Kostentragung gründen kann. Vielmehr erkennt das G.K.G. §§ 86, 88 auch eine Übernahme der Kostenlast als gültig an, was namentlich für das Privatklageverfahren von Bedeutung ist [20]).

IV. Die Kostenentscheidung braucht sich nicht auf die Höhe der Kosten mit zu erstrecken. Die Höhe der Kosten wird vielmehr, soweit der Staat beteiligt ist, im Justizverwaltungswege festgesetzt [21]) und ist im übrigen zunächst der Verständigung der Beteiligten anheimgegeben. Entsteht freilich ein Streit über die Höhe der Kosten,

---

[17]) E. VI, 237; R. IV, 322, 388. Vgl. dagegen C.P.O. § 99 (früher 94).

[18]) Die Staatsanwaltschaft kann bezüglich der Kosten nicht zu Gunsten des Gegners Rechtsmittel einlegen. A. M. E. VII, 409.

[19]) Auf den Fall der Zurücknahme des Strafantrags — § 502 St.P.O. — werden § 501 Abs. 2 und 3 analog anzuwenden sein. Bennecke 810.

[20]) Liegt eine gültige Übernahmeerklärung vor, bevor die Kostenentscheidung ergangen ist (z. B. Vergleich im Privatklageprozess, inhalts dessen Kläger die Klage zurücknimmt, Angeklagter die Kosten übernimmt), so ist das Gericht damit eines Ausspruchs über die Kosten überhoben, denn die Kostenfrage ist dann eben bereits erledigt. Dies ergiebt sich deutlich aus § 86 G.K.G., wonach die Übernahmeerklärung einen gleichberechtigten Kostentragungstitel darstellt. In solchen Fällen cessiert also St.P.O. § 496 Abs. 1. Regelmässig wird dem entgegen eine Kostenentscheidung für erforderlich gehalten, wobei aber darüber gestritten wird, ob die Kostenentscheidung inhaltlich der Übernahmeerklärung zu folgen habe (so Metzges, Deutsche Jur.-Ztg. II, 122), oder ob sie sich unter Ignorierung der Übernahmeerklärung schlechthin an die gesetzlichen Bestimmungen über die Kostentragung zu halten habe (so O.L.G. Dresden, Ann. VI, 106; E. IV, 322, VII, 411, XXIII, 197; Gorden G.A. XLV, 20).

[21]) Nach näherer Massgabe der landesrechtlichen Bestimmungen, vgl. z. B. Preuss. A.G. z. G.K.G. § 28. — Vgl. Friedländer Z. XX, 175.

insonderheit über die Notwendigkeit der in ihnen begriffenen Auslagen, so erfolgt darüber besondere Entscheidung des Gerichts, § 496 Abs. 2 St.P.O.[22]).

Massgebend sind für die Höhe der (Staats-) Gebühren die §§ 59—78 G.K.G. (wonach im allgemeinen die erkannte Strafe den Massstab für die Höhe der Gebühren abgiebt), für die zu erstattenden Auslagen die §§ 79—80b G.K.G.

V. Die Einziehung der Kosten richtet sich, soweit die Staatskasse beteiligt ist, nach landesrechtlichen Bestimmungen[23]). Privatpersonen unter einander haben nötigenfalls den Weg der civilprozessualen Zwangsvollstreckung zu beschreiten.

VI. Eine Sicherung der Vollstreckung wegen der Kosten vor Erlass der Kostenentscheidung kennt die St.P.O. im Verfahren gegen Abwesende. Hier ist Beschlagnahme einzelner Gegenstände, eventuell des ganzen Vermögens, zum Zwecke der Kostensicherung in demselben Umfange wie behufs Sicherung der Geldstrafe[24]) zugelassen, St.P.O. §§ 325, 326, 480.

---

[22]) Vgl. G.K.G. §§ 4—6 und bezüglich der dem Beschuldigten zu erstattenden notwendigen Auslagen A.V. des preuss. Justizmin. vom 15. März 1892.

[23]) So in Preussen nach A.G. z. G.K.G. § 29 (Einziehung der Gerichtskosten im Wege der administrativen Zwangsvollstreckung). Vgl. Rintelen 375, § 85.

[24]) Unten 151.

# Das Verfahren.

## Besonderer Teil.

§ 109.

### Erstes Kapitel.

### Überblick über den Gang des Verfahrens.

I. Der gemeinrechtliche Strafprozess zerlegte sich in zwei aufeinanderfolgende Stadien: die sogenannte Generalinquisition und die sich anschliessende sogenannte Spezialinquisition[1]). Die letztere umschloss die bereits auf das Urteil gegen einen bestimmten Beschuldigten wegen einer bestimmten That hinzielenden Prozesshandlungen, insonderheit die grundlegenden Verhöre des Beschuldigten, der Zeugen u. s. w. Aber zu einer solchen intensiven Untersuchungsthätigkeit kam es erst nach vorangegangener Generalinquisition, d. i. einer Untersuchung, die nur darauf abzielte, festzustellen, ob es sich um eine strafbare Handlung eines bestimmten Verdächtigen handle, ob demgemäss überhaupt erst eine Spezialinquisition einzuleiten sei oder nicht. Da freilich die ganze Inquisition in der Sammlung von Aktenmaterial bestand, überdies General- und Spezialinquisition nicht selten in die Hände eines und desselben Inquirenten gelegt waren, so verwischte sich jene Scheidung *in praxi* völlig. Das moderne Recht hat den zu

---

[1]) Vgl. Zachariae II, 52; Henke, Grundzüge einer Geschichte des deutschen peinlichen Rechts II, 38; Grolmann, Kriminalrechtswissenschaft § 533; v. Kries Z. IX, 11; Bennecke 394 Anm. 5. Häufig citiert wird Carpzov, *Pract. nova rer. crim. p. 3, qu. 107 n. 10, 11: Generalem (inquisitionem) appello eam, quae incerto adhuc delicto vel delinquente per judicem fit ad generaliter inquirendum, an revera delictum perpetratum sit, et quisnam illud commiserit, desuper generales informationes assumendo . . . . . Specialis vero est inquisitio, quae fit per judicem contra particularem personam, de cujus delicto jam curia notitiam habet, vel qua in delicti modum et autorem, personam certam, in inquisitione generali suspicionibus gravatam in specie judex inquirit.*

Grunde liegenden Gedanken wieder aufgegriffen. Es erscheint als ein Postulat gleichermassen der Billigkeit wie der Zweckmässigkeit, dass der Apparat eines Strafprozesses da nicht entfaltet werde, wo eine Verurteilung gar nicht zu erwarten steht; werden solche aussichtslose Strafsachen im Keime unterdrückt, so ist der Gewinn nicht nur fühlbar für den Verdächtigen, dem das Betreten der Anklagebank, sondern auch für die Behörden, denen Zeit und Mühe erspart worden ist. Es werden deshalb die Strafsachen — wenigstens im regelmässigem Verfahren — sorgfältig durchgesiebt: bevor es zu einem Hauptverfahren, zu einer Aburteilung kommen kann, muss ein gerichtlicher Beschluss ergangen sein, der das Hauptverfahren eröffnet, der „Eröffnungsbeschluss", und diesem Beschluss dient als Basis das sogenannte Vorverfahren. Die oben erwähnten aussichtslosen Strafsachen müssen somit in dem Stadium des Vorverfahrens stecken bleiben: sie gelangen gar nicht in das Hauptverfahren, sondern das Verfahren wird schon vorher eingestellt.

Während also Zweck des Hauptverfahrens die Aburteilung der That ist, ist Zweck des Vorverfahrens die Ausmerzung aller ein Hauptverfahren nicht verdienenden Strafsachen. Der Hauptwert des Vorverfahrens ist hiernach ein negativer, prohibitiver.

Der Bau des Vorverfahrens ist nicht durchweg der gleiche. Vielmehr tritt das Vorverfahren entweder in einer einfacheren Form, ohne „Voruntersuchung", als sogenanntes „vorbereitendes" oder „Ermittelungsverfahren" auf, oder aber in der Form der „Voruntersuchung".

II. Möglicherweise ist nach dem oben Gesagten der Prozess mit dem Vorverfahren zu Ende. Anderenfalls schliesst sich an das Vorverfahren das Hauptverfahren (zunächst in erster Instanz) an[2]). Der Schwerpunkt des letzteren liegt in der Hauptverhandlung. Der Zeitraum zwischen der Eröffnung des Hauptverfahrens und der Hauptverhandlung dient der Vorbereitung der Hauptverhandlung[3]).

Vorverfahren und Hauptverfahren liegen (anders als die gemeinrechtliche General- und Spezialinquisition) notwendig in den Händen verschiedener Prozesssubjekte. Während jenes vom Staatsanwalt oder

---

[2]) Über das sogenannte Zwischenverfahren s. unten § 113.

[3]) Es ist somit zwischen „vorbereitendem Verfahren" und „Vorbereitung der Hauptverhandlung" scharf zu unterscheiden.

Untersuchungsrichter geleitet wird, wird das Hauptverfahren durch das „erkennende Gericht" erledigt; das letztere tritt mit dem Augenblick in Funktion, in dem das Hauptverfahren eröffnet worden ist[4]), und zwar für den Prozess insgesamt, also auch für Prozesshandlungen, die sich nicht als „Aburteilung" der Strafsache darstellen, z. B. Verhaftungen u. s. w.[5]).

III. Das Urteil, das den Prozess für die erste Instanz erledigt, erledigt nicht notwendig den Prozess überhaupt. Wird das Urteil im Rechtsmittelwege angefochten, so kommt es vielmehr zu einer Fortführung des Hauptverfahrens in einer zweiten, alsdann unter Umständen noch in einer dritten Instanz.

IV. Mit dem rechtskräftigen Urteil ist der Prozess in seiner Funktion als Feststellungsverfahren erledigt. Nur ausnahmsweise kann noch eine „Wiederaufnahme des Verfahrens" Platz greifen.

V. Lautet das rechtskräftige Urteil auf Strafe, so wird diese nunmehr in die Wirklichkeit umgesetzt im Wege der Strafvollstreckung.

VI. Der bisher (I—V) geschilderte Gang des Verfahrens ist im allgemeinen derselbe bei allen Prozessen, gleichviel welche Gerichtskategorie Zuständigkeit erster Instanz hat. Es giebt jedoch auch Besonderheiten im Verfahren. Die wichtigsten sind folgende:

1. In geringfügigen Strafsachen (früher „Bagatellsachen" genannt) ist vor dem Schöffengerichte unter bestimmten Voraussetzungen ein sogenanntes summarisches Verfahren[6]) („*citation directe*" „*citazione direttissima*" in der Ausdrucksweise des französischen und italienischen Rechts, vgl. *Code d'instr. crim. art.* 182) zulässig; das Amtsgericht verhandelt nur in diesem summarischen Verfahren, St.P.O. § 211. Das Hauptcharakteristikum des summarischen Verfahrens ist der Wegfall der Anklageschrift und des Eröffnungsbeschlusses[7]), sodass sich an das Vorverfahren unmittelbar die Hauptverhandlung anschliesst. Das summarische Verfahren vor dem Schöffengericht kann — nicht

[4]) Vgl. hierzu oben 64—65.
[5]) Bennecke 504 Anm. 13.
[6]) Vgl. Glaser, Kl. Schr. I, 477; John II, 800; Landau, Das Strafverfahren gegen glaubwürdige geständige Beschuldigte, G.S. LVI, 55.
[7]) Darüber unten §§ 111, 113.

muss — eintreten, wenn der Beschuldigte entweder sich freiwillig stellt, oder infolge einer vorläufigen Festnahme dem Gericht vorgeführt oder nur wegen Übertretung verfolgt wird, St.P.O. § 211 Abs. 1. Vor dem Amtsgericht sind die Voraussetzungen für das summarische Verfahren identisch mit den Voraussetzungen für die sachliche Zuständigkeit der Amtsgerichte; d. h. also es muss sich um eine „Uebertretung" im Sinne des § 1 St.G.B. handeln, der Beschuldigte muss geständig und vorgeführt sein, und die Staatsanwaltschaft muss zustimmen St.P.O. § 211, Abs. 2[8]).

2. In vielen Punkten eigenartig gestaltet ist die Hauptverhandlung vor dem Schwurgericht, wohingegen die erstinstanzlichen Hauptverhandlungen vor dem Amtsgericht, dem Schöffengericht, der Strafkammer und dem Reichsgericht unter einander im wesentlichen konform sind.

VII. Gewisse Strafprozesse spielen sich nicht in der regelmässigen Form des Verfahrens (vorstehend I—VI) ab, sondern folgen eigenen Grundsätzen. Man spricht hier von den „besonderen Arten des Verfahrens"; es sind dies das Privat- und Nebenklageverfahren, das strafprozessuale Mahnverfahren, das Verfahren gegen Abwesende[9]) einschliesslich des Verfahrens gegen abwesende Wehrpflichtflüchtige, das objektive Verfahren und das Verfahren vor den Konsular- und Schutzgebietsgerichten[10]).

---

[8]) Vgl. oben 75.

[9]) Anders Bennecke 435, der, der Systematik des Gesetzes folgend, das Verfahren gegen Abwesende zum regelmässigen Verfahren als eine „Spielart" desselben, und nur das Verfahren gegen abwesende Wehrpflichtflüchtige zu den besonderen Arten des Verfahrens rechnet.

[10]) Bennecke zählt oben 29 die Konsular- und Schutzgebietsgerichte mit der H. M. zu den Sondergerichten. Ist dies richtig, dann fällt eine Darstellung des Verfahrens vor ihnen natürlich ausserhalb des Rahmens dieses Buches. Aber wie v. Kries 73, vgl. auch Binding, Grdr. 56, sehr richtig ausführt, sind nach § 13 G.V.G. als Sondergerichte nur diejenigen Gerichte zu definieren, vor die besondere Arten von Rechtssachen gehören, dergestalt, dass eine Rechtssache immer nur entweder vor die ordentlichen, oder vor besondere Gerichte gehören kann. Das trifft auf die Konsular- und Schutzgebietsgerichte nicht zu; vor sie gehören dieselben Sachen, die vor die ordentlichen Gerichte gehören (nur unter Hinzutritt gewisser weiterer Voraussetzungen, wie deutschen Indigenats des Thäters u. s. w.); es ist also sehr wohl denkbar, dass in einer und derselben Sache ein inländisches und ein deutsches Konsular- oder Schutzgebietsgericht Zuständigkeit besitzen (z. B. bei doppeltem Wohnsitz). Die Konsular- und Schutzgebietsgerichte sind also ordentliche, wenngleich besonders organisierte Gerichte. Das Verfahren vor ihnen ist demnach hier mit darzustellen (s. unten § 153); es gehört, wie oben gesagt, zu den „besonderen Arten" des Verfahrens.

## Zweites Kapitel.

## Die einzelnen Verfahrensarten.

### A. Das regelmässige Verfahren.

### I. Das Vorverfahren.

#### 1. Das Vorverfahren ohne Voruntersuchung.

#### § 110.

#### a) Das Ermittelungsverfahren.

Wenn der Staatsanwaltschaft zur Pflicht gemacht ist, bei Vorhandensein aller Prozessvoraussetzungen und Strafbarkeitsbedingungen Klage zu erheben [1]), so ist es ihre erste Aufgabe, zu erforschen, ob diese Grundlage für die Klage gegeben ist, St.P.O. § 158 [2]), ob es sich also im konkreten Falle überhaupt um eine strafbare Handlung handelt, wer der Thäter ist, ob er der deutschen ordentlichen Gerichtsbarkeit untersteht u. s. w. Diese Forschungsthätigkeit füllt aus das sogenannte vorbereitende Verfahren, Vorbereitungs- oder Ermittelungs- oder Skrutinialverfahren, staatsanwaltschaftliche Vorverfahren, das Stadium der „Vorbereitung der öffentlichen Klage", bestehend in „Ermittelungen jeder Art", St.P.O. § 159.

Nicht wesentlich ist dem vorbereitenden Verfahren die Richtung gegen einen bestimmten Beschuldigten; die Ermittelungen können auch — und müssen häufig — gegen „Unbekannt" vorgenommen werden.

*Dominus litis* ist in diesem Abschnitt des Verfahrens die Staatsanwaltschaft, ein Gericht, bei dem die Sache rechtshängig wäre, ist nicht vorhanden. Das Prozessverhältnis ist noch nicht dreiseitig, sondern, insofern ein Beschuldigter vorhanden ist, zweiseitig, anderenfalls fehlt es ganz [3]).

---

[1]) Oben §73 III.

[2]) Ein Ermittelungsverfahren fällt freilich dann hinweg, wenn von vornherein alles Wissenswerte klar zu Tage liegt, sodass entweder die Klage sofort erhoben werden kann (z. B. der Staatsanwalt hat die That selbst mit angesehen, und die Personalien und Vorstrafen des Beschuldigten ergeben sich aus den zur Stelle befindlichen Vorstrafakten), oder umgekehrt ein Nichteinschreiten sich rechtfertigt (z. B. die eingereichte Denunziation stellt sich zweifelsfrei als aussichtslos dar, weil sich das darin dem Beschuldigten zur Last gelegte Verhalten als völlig unsträflich darstellt). In letzterem Falle muss der Denunziant mit Gründen ablehnend beschieden werden, St.P.O. § 169, vgl. dazu unten 112.

[3]) Bennecke 440 leugnet überhaupt das Vorhandensein eines Prozessverhältnisses (ebenso v. Kries 463 und Birkmeyer 8). Der Beschuldigte sei noch nicht Prozesssubjekt., sondern Untersuchungssubjekt. Dem widerspricht der Umstand, dass dem Beschuldigten im vorbereitenden Verfahren Parteirechte vom Gesetz zuerkannt sind.

Die Staatsanwaltschaft kann *de jure* die einschlägigen Handlungen, Zeugenvernehmungen u. s. w. selbst unmittelbar vornehmen, soweit ihr die Befugnis dazu nicht, wie z. B. zur Vereidigung einer Person, Verhaftung u. s. w., gesetzlich entzogen ist. *In praxi* pflegt jedoch die Staatsanwaltschaft von dieser Befugnis keinen ausgedehnten Gebrauch zu machen, sondern jene Akte nur anzuordnen und durch ihre Hülfsorgane[4]) ausführen zu lassen. Selbstverständlich laufen aber alle Fäden in der Hand der Staatsanwaltschaft zusammen[5]). Die Hülfsorgane haben daher nach Leistung des betreffenden Hülfsakts die weitere Verfügung der Staatsanwaltschaft zu überlassen. Bei Meinungsverschiedenheiten ist der Wille der Staatsanwaltschaft ausschlaggebend[6]). Regelmässig haben diese Organe auch nur auf Verlangen der Staatsanwaltschaft thätig zu werden. Doch handeln Polizei und Amtsrichter auch — abgesehen von dem ersten Angriff[7]) — ungerufen, als „*negotiorum gestores* der Staatsanwaltschaft"[8]) dann, wenn Gefahr im Verzug obwaltet, St.P.O. §§ 161, 163[9]), der Amtsrichter nach § 164 St.P.O. auch dann, wenn der Beschuldigte bei seiner verantwortlichen Vernehmung vor dem Amtsrichter zu seiner Entlastung einzelne Beweis-

---

[4]) Oben § 42.

[5]) Wünschenswert wäre freilich, dass die Staatsanwaltschaft prinzipiell immer selbst handelte und die Hülfsorgane nur da in Anspruch nähme, wo es unumgänglich wäre, ganz wie der Untersuchungsrichter. (So auch Buehl, Preuss. Jahrb. 1897 Januarheft 129 ff. Vgl. dagegen Süss, Stellung der Parteien 303.) Diese Konzentration der Untersuchung böte nicht allein den Vorteil der Beschleunigung, sondern informierte den leitenden Beamten weit besser, als die Akte der Hülfsorgane. Die Belastung der Staatsanwaltschaften mit Mehrarbeit würde geringer sein, als die dadurch herbeigeführte Entlastung der Polizeibehörden und Amtsrichter, denn für den mit der Sache vertrauten Staatsanwalt wären die Zeugenvernehmungen etc. minder zeitraubend, als für das requirierte Hülfsorgan, das sich jedesmal noch über die Sache informieren muss. Diese Massregel liesse sich im Wege der Justizverwaltung durchführen (Anweisung an die Staatsanwaltschaften), nur würde freilich, wie die Dinge liegen, damit eine Vermehrung der Staatsanwaltsstellen (unter Verminderung der Ermittelungsrichterstellen) verbunden sein müssen.

[6]) John II, 325; Bennecke 444. Hatte die Staatsanwaltschaft den Amtsrichter um Vernehmung eines bestimmten Sachverständigen ersucht, so ist der Amtsrichter an diese Wahl gebunden, der § 73 St.P.O. oben S. 368, bezieht sich nicht auf das Ermittelungsverfahren. So Löwe 3a zu § 73. A. M. Bennecke 359 Anm. 16.

[7]) Unten S. 471, *α*).

[8]) Binding, Grdr. 180.

[9]) Dass § 163 auch für solche Strafsachen gilt, die bereits bei der Staatsanwaltschaft anhängig sind, wird mit Recht bejaht von Löwe 3 zu § 163; Stenglein 1 zu § 163, v. Kries Z. IX, 64; Ullmann 400; Bennecke 448 Anm. 3 A. M. John II, 379.

erhebungen beantragt, die geignet sind, die Freilassung des Beschuldigten zu begründen[10]).

Das wichtigste der staatsanwaltschaftlichen Hülfsorgane ist der Amtsrichter, in dieser Eigenschaft „Ermittelungsrichter" genannt, St.P.O. § 160. Örtlich zuständig ist derjenige Richter, in dessen Bezirk die betreffende Handlung vorzunehmen ist. Der von der Staatsanwaltschaft um Vornahme einer Handlung angegangene Ermittelungsrichter muss dem Ersuchen genügen, es wäre denn, dass die Handlung überhaupt oder im konkreten Falle gesetzlich unzulässig ist[11]); die Zweckmässigkeit der Handlung (Opportunität) zu prüfen ist ihm verwehrt, St.P.O. § 160 Abs. 2. Gerade hierin zeigt sich besonders deutlich die Gehülfenstellung des Ermittelungsrichters.

Geradezu angewiesen ist der Staatsanwalt auf die Hülfe des Amtsrichters insoweit, als es sich um Handlungen, die dem Richter vorbehalten, dem Staatsanwalt und der Polizei versagt sind, handelt. Hierher gehört zweifellos z. B. die Vereidigung einer Person (§ 159 St.P.O.), die Verjährungsunterbrechung (St.G.B. § 68), die dauernde Festhaltung in Haft[12]). Es muss aber weiter behauptet werden, dass auch der Zeugnis- und Begutachtungszwang nur richterlich ausübbar ist. Staatsanwaltschaft und Polizeibehörden können zwar einen Zeugen oder Sachverständigen mit verpflichtender Kraft laden, aber ihn weder zum Erscheinen noch zur Aussage zwingen. Die *in praxi* beliebte „Sistierung", Zwangsgestellung einer Person vor den Staatsanwalt oder die Polizei durch einen Schutzmann und dergl. ist ungesetzlich. Die St.P.O. giebt der Staatsanwaltschaft und der Polizei kein solches Recht[13]). Aus dem Landesrecht (z. B. dem Preuss. Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung vom 30. Juli 1883 §§ 132 ff.) kann dieses angebliche Recht der Polizei deshalb nicht hergeleitet werden, weil die repressivpolizeilichen Befugnisse der Polizei in Wahrheit Teilnahme an der Kriminaljustiz bedeuten, deshalb sich nur nach Prozessrecht richten, somit § 6 E.St.P.O. hier massgebend ist, während das Partikularverwaltungsrecht nur über die

---

[10]) Insofern der § 164 ausserdem noch von Besorgnis des Verlusts der Beweise spricht, bringt er nichts neues gegenüber dem § 163, höchstens könnte man in Absatz 2 des § 164 eine über § 163 hinausgehende Bestimmung erblicken.

[11]) Bennecke führt 450 Anm. 13 folgende treffende Beispiele an: Verhaftung eines Exterritorialen, Vereidigung eines Zeugen ohne Gegebensein der Voraussetzungen des § 65 Abs. 3 St.P.O., Verhaftung bei Fehlen eines Haftgrundes. Vgl. John II, 343 ff., 355 ff.; Glaser II, 374; Löwe 10; Stenglein 6 zu § 160; v. Kries Z. IX, 52; Kronecker G.A. XXIX, 317. Dagegen würde der Amtsrichter z. B. die Vernehmung eines Zeugen nicht deswegen ablehnen können, weil er die That, um die es sich handelt, nicht für eine strafbare Handlung hält; Bennecke 450 o.

[12]) Vgl. ferner St.P.O. §§ 98, 100, 105, oben §§ 52 ff.

[13]) So durchaus die H. M., (zum Teil noch weiter gehend, die Ladung der Staatsanwaltschaft nicht einmal als verpflichtend anerkennend) besonders R. II, 282, V, 726, E. II, 282, IX, 433, XIII, 430; John I, 406 ff., bes. 414; Löwe 3b zu § 159; Binding 146, 111; Glaser II, 363; Stenglein 3 zu § 159; Bennecke 172; Geyer H.H. I, 272; Süss, Stellung der Parteien 352; Puchelt 10 zu § 50. v. Kries 476; Ullmann 396; Laband Staatsr. II, 440. A. M. Voitus 1 zu § 50, 3 zu § 133; Dalcke 5 zu § 50; Fuchs H.H. I, 448.

Funktionen der Polizei *qua* reine Verwaltungsbehörde (Präventivpolizei) Bestimmung trifft [14]) Leistet der von der Staatsanwaltschaft Geladene also der Ladung keine Folge, so hat die Staatsanwaltschaft den Amtsrichter um Ausübung des Zeugniszwangs anzurufen.

Den Amtsrichter kann der Staatsanwalt aber auch um solche Handlungen ersuchen, zu denen er selbst oder die Polizei ebenso die Befugnis besässe (uneidliche Zeugenvernehmung u. s. w.). Der Amtsrichter darf die Vornahme auch solcher Handlungen nicht von sich weisen, vorausgesetzt nur auch hier, dass die Handlung nach den Umständen des Falles gesetzlich zulässig ist, § 160 St P.O. [15]).

Für die Beurkundung der ermittelungsrichterlichen Handlungen sind nach § 166 St.P.O. die für die Beurkundung der untersuchungsrichterlichen Handlungen [16]) gegebenen Vorschriften, §§ 185, 186 St.P.O., in entsprechender Weise massgebend.

Um ein Ermittelungsverfahren einleiten zu können, bedarf es für die Staatsanwaltschaft keines vorgängigen Formalakts irgend welcher Art, vielmehr setzt jede irgendwie erlangte und wäre es noch so vage Kenntnis davon, dass sich eine strafbare Handlung ereignet haben solle, die Staatsanwaltschaft in den Stand, vorzugehen, vgl. § 158 St.P.O. Der Staatsanwalt kann deshalb den Anlass zum Einschreiten z. B. sehr wohl einem Privatgespräch oder einer Zeitungsnotiz, die ihm aufstösst, oder einem Gerücht entnehmen [17]). In den weitaus häufigsten Fällen geben ihm aber dritte Personen den Anstoss zum Verfahren.

*a*) Nach § 161 St.P.O. haben die Behörden und Beamten des Polizei- und Sicherheitsdienstes strafbare Handlungen aufzuspüren, sie haben die „Initiative", „Recht und Pflicht des ersten Angriffs". Die erwachsenen Akten haben sie gewöhnlich ohne Verzug der Staatsanwaltschaft zu übersenden; erscheint aber die unverzügliche Vornahme einer richterlichen Untersuchungshandlung erforderlich (z. B. behufs Unterbrechung der Verjährung, oder Erlass eines Haftbefehls), so erfolgt die Übersendung an den Amtsrichter, der dann seinerseits die Akten an die Staatsanwaltschaft weiter zu geben hat.

---

[14]) Insofern unzutreffend R. V, 728, E. IX, 433; Glaser II, 366; Ullmann 356, Anm. 6, 397, Anm. 1; Löwe 1b zu § 161. Richtig v. Kries 476.

[15]) Einer Motivierung, weshalb der Staatsanwalt den Richter ersucht, statt selbst oder durch die Polizei vorzugehen, bedarf es nicht; denn „gesetzlich zulässig" ist eine richterliche uneidliche Zeugenvernehmung auch dann, wenn die Vernehmung ebensogut von einem nichtrichterlichen Organ bewirkt werden könnte. So John II, 352; a. M. Bennecke 450 Anm. 15.

[16]) Unten § 118.

[17]) Verpflichtet einzuschreiten (dem Legalitätsprinzip zufolge) ist der Staatsanwalt aber nur dann, wenn die Kenntnis an ihn als Staatsanwalt herantritt, nicht an ihn als Privatmann. Immerhin ist er aber auch als Privatmann natürlich in demselben Umfange wie andere Private anzeigepflichtig, unten S. 472. Ebenso Löwe 2b zu § 158; besonders aber Birkmeyer 577.

Bei Gefahr im Verzuge ist auch der Amtsrichter zum ersten Angriff berufen, § 163 St.P.O.[18]).

Wird in einer Gerichtssitzung eine strafbare Handlung begangen, so hat das betreffende Gericht Recht und Pflicht des ersten Angriffs; das Protokoll ist der Staatsanwaltschaft zu übersenden, G.V.G. § 185. In ähnlicher Weise ist der Untersuchungsrichter nach § 189 St.P.O. zur Initiative berufen, wenn im Laufe der Voruntersuchung sich der Verdacht einer anderen Strafthat ergiebt, und es sich, z. B. wegen nahen Ablaufs der Verjährungszeit, um einen „dringenden Fall" handelt. Im Falle des § 157 St.P.O. trifft eine Anzeigepflicht ausser den Polizeibehörden auch die Gemeindebehörden[19]). Ob ausserdem noch andere Behörden anzeigepflichtig sind, richtet sich nach (Reichs- oder Partikular-) Verwaltungsrecht[20]).

b) Jede Privatperson, sie sei durch die That verletzt oder nicht, kann durch Einreichung einer Denunziation, einer „Anzeige", eines „Antrags" (hier im nichttechnischen Sinne gebraucht), § 156 Abs. 1 St.P.O., auf ein Ermittelungsverfahren hinwirken.

Der § 156 Abs. 1 St.P.O. verordnet nun:

„Anzeigen strafbarer Handlungen oder Anträge auf Strafverfolgung können bei der Staatsanwaltschaft, den Behörden und Beamten des Polizei- und Sicherheitsdienstes und den Amtsgerichten mündlich oder schriftlich angebracht werden. Die mündliche Anzeige ist zu beurkunden."

Diese Bestimmung ist nicht dahin zu verstehen, als könne der Staatsanwalt nur auf eine bei den genannten Behörden in der genannten Form (schriftlich, oder mündlich beurkundet) angebrachte Denunziation hin reagieren; ist er doch überhaupt nicht genötigt, eine Denunziation abzuwarten. Vielmehr kann § 156 Abs. 1 nur dahin verstanden werden, dass die dort genannten Behörden und Beamten solche Denunziationen entgegennehmen (und wenn sie mündlich sind, beurkunden), sowie weiterbefördern müssen, während andere, etwa Eisenbahnbehörden u. s. w., die Entgegennahme ablehnen können[21]).

Selbstverständlich kann der Staatsanwalt auch auf anonyme Denunziationen hin vorgehen, was er aber nur thun wird, wenn sie sich nicht von vornherein als völlig unglaubhaft darstellen[22]).

Eine Anzeigepflicht haben Privatpersonen nach deutschem Recht zwar im allgemeinen nicht[23]), wohl aber arg. § 139 St.G.B. in gewissen speziellen schweren Verbrechensfällen.

---

[18]) Oben S. 469.

[19]) Hierbei haben die Staatsanwaltschaften, der Amtsrichter, die Polizei- und Gemeindebehörden gegebenenfalls den § 155 Abs. 3 M.St.G.O. zu beachten.

[20]) Löwe 14 zu § 156; Glaser II, 326; John II, 326 Entwurf I zur St.P.O. hatte in § 134 die generelle Vorschrift: „Behörden und öffentliche Beamte haben die Pflicht, die zu ihrer amtlichen Kenntnis kommenden strafbaren Handlungen der Staatsanwaltschaft anzuzeigen"; sie ist im Entwurf II weggefallen.

[21]) Bennecke 442.

[22]) Glaser II, 324; Geyer 462; Bennecke 441 Anm. 16.

[23]) Anders *Code d'instruct. crimin., art. 30: Toute personne qui aura été témoin d'un attentat, soit contre la sûreté publique, soit contre la vie ou la propriété d'un individu, sera pareillement tenu d'en donner avis au procureur du Roi, soit du lieu du crime ou délit, soit du lieu ou le prévenu pourra être trouvé.*



Mit den Anzeigen und Anträgen auf Strafverfolgung im vorentwickelten Sinne darf der Strafantrag im technischen Sinne nicht verwechselt werden, für ihn gilt nach § 156 Abs. 2 eine besondere Formvorschrift[24]).

Die Form, in der die Ermittelungen vorgenommen werden, ist völlig frei. Insbesondere steht die Ermittelungsthätigkeit nicht unter der Herrschaft der Sätze über den Beweis[25]). Es ist deshalb z. B. [26]) Verwertung von Privatkenntnissen durch den Staatsanwalt unbedenklich zulässig.

Auf welche Umstände die Ermittelungen zu richten sind, ergiebt sich aus dem Zwecke des vorbereitenden Verfahrens: es kommen alle Umstände in Betracht, die die Staatsanwaltschaft feststellen muss, um zu wissen, ob und bei welchem Gericht Klage zu erheben ist, aber auch prinzipiell nur diese[27]). Daneben hat die Staatsanwaltschaft nach § 158 Abs. 2 St.P.O. dafür Sorge zu tragen, dass bei drohendem Verlust eines Beweismittels eine antizipierte richterliche Beweisaufnahme zum Behufe der späteren Benutzung in der Hauptverhandlung stattfindet[28]). Dass der Entlastung wie der Belastung mit voller Objektivität nachzuspüren ist, ergiebt sich ohne weiteres aus der Stellung der Staatsanwaltschaft und wird durch § 158 Abs. 2 St.P.O. *expressis verbis* angeordnet.

Welche Akte erforderlich sind, richtet sich ganz nach der konkreten Sachlage.

Dass speziell der Beschuldigte im vorbereitenden Verfahren verantwortlich vernommen werden müsste, ist in der St.P.O. nicht vorgeschrieben[29]). Gewöhnlich aber findet eine solche Vernehmung statt, schon weil sie meist zur Aufklärung beizutragen vermag.

Wird der Beschuldigte vom Richter schriftlich geladen, so ist er, vorausgesetzt natürlich, dass er der deutschen Strafgerichtsbarkeit überhaupt untersteht [oben § 13]), verpflichtet zu erscheinen und solange auszuharren, bis er wieder entlassen wird. Ist er ungehorsam, so wird zwar nicht mit Ordnungsstrafe gegen ihn vorgegangen, wohl aber fallen ihm die Kosten des vereitelten Termins nach § 499 St.P.O. zur Last; auch kann seine Vorführung erfolgen, sofern[30]) entweder diese Folge in der Ladung in Aussicht gestellt war, St.P.O. § 133 Abs. 2, oder Gründe vorliegen, die auch die Erlassung eines Haftbefehls rechtfertigen würden, St.P.O. § 134. Letzterenfalls kann die Vorführung sogar ohne vorgängige Ladung verfügt werden. Die Vorführung wird durch schriftlichen Vorführungsbefehl (§ 134 Abs. 2 St.P.O.) angeordnet. Den Vorgeführten muss der Richter sofort vernehmen; nur wenn dies nicht ausführbar ist[31]), kann die Vernehmung bis zum nächsten Tage aufgeschoben und der Beschuldigte solange festgehalten werden; mit Ablauf dieses Tages muss aber jedenfalls seine Entlassung erfolgen, St.P.O. § 135.

---

[24]) Darüber s. oben § 66 II.

[25]) Vgl. oben S. 329.

[26]) Im Gegensatz zu dem Beweise im Hauptverfahren, oben S. 324.

[27]) Demnach scheiden z. B. aus alle Umstände, die bloss die ordentliche Strafzumessung betreffen. Bennecke 441 Anm. 14.

[28]) Vgl. dazu John II, 329; Bennecke 445 I c.

[29]) Anders im Reichsmilitärstrafprozess, § 173 M.St.G.O.

[30]) Die Einschränkung ergiebt sich unmittelbar aus § 134 St.P.O. Übereinstimmend Löwe 4 zu § 133; Bennecke 384 Anm. 3; Stenglein 1 zu § 133. A. M. John I, 942; v. Holtzendorff in s. Hdb. I, 378.

[31]) Vgl. hierzu Bennecke 386.

Auf staatsanwaltschaftliche oder polizeiliche Ladung hin wäre der Beschuldigte im vorbereitenden Verfahren nicht verpflichtet zu erscheinen; demnach können Staatsanwaltschaft und Polizei auch seine Vorführung nicht anordnen[32]).

Die Vernehmung des Beschuldigten kann vereitelt werden durch dessen Erklärung, dass er sich nicht aussprechen wolle[33]). Ist er aber bereit auszusagen, so wird er „zur Person" (besonders zum Behufe der Feststellung der Identität) und „zur Sache" vernommen, § 136 St.P.O.

Volksöffentlichkeit gilt für das Ermittelungsverfahren nicht. Auch die Parteien haben für die Regel kein Recht auf Anwesenheit[34]). Das Gesetz folgt der Auffassung, als sei in diesem Stadium des Prozesses die Wahrheit schneller und sicherer ohne Dareinreden der Parteien zu erforschen. Doch gewährt § 167 St P.O. der Staatsanwaltschaft, sowie wenn der Beschuldigte verantwortlich vom Richter vernommen worden ist oder sich in Untersuchungshaft befindet, auch dem Beschuldigten, seinem Verteidiger und den von ihm benannten Sachverständigen den Zutritt zu richterlichen Verhandlungen nach Massgabe der in dieser Hinsicht für die Voruntersuchung geltenden Vorschriften[35]).

## b) Die Entscheidung der Staatsanwaltschaft nach Abschluss des Ermittelungsverfahrens.

### § 111.

#### a) Die Anklage.

I. Ist im vorbereitenden Verfahren aller erreichbare Prozessstoff insoweit als erforderlich zusammengetragen, so hat nunmehr die Staatsanwaltschaft darüber zu befinden, ob sie die Klage erhebt oder nicht. Inwieweit sie die Klage durch Antrag auf Voruntersuchung zu erheben hat, wird unten dargestellt werden. Zur Anklage dagegen ist die Sache dann zu bringen, wenn (ausser den notwendigen Prozessvoraussetzungen) hinreichender Verdacht der That gegen den Thäter besteht. Das ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt, ergiebt sich aber daraus, dass die Anklage ihrem Wesen nach ein Antrag auf Eröffnung des Hauptverfahrens ist, somit wie dieses[1]) den „hinreichenden Verdacht" erfordert.

---

[32]) John I, 936; Stenglein*) zu § 133; Bennecke 385, 173.

[33]) Oben S. 374.

[34]) Selbstverständlich ist aber die Staatsanwaltschaft befugt, polizeilichen Akten beizuwohnen. Löwe 4 zu § 167.

[35]) Unten § 118.

[1]) Unten § 114. Man darf nicht, wie es häufig geschieht (so Bennecke 453, 457), das Vorliegen „zureichender, thatsächlicher Anhaltspunkte" (§ 152 St.P.O.) als für die Anklage massgebend bezeichnen; solches ist allgemeine Voraussetzung für das staatsanwaltschaftliche Einschreiten überhaupt, nicht für die Anklage speziell, vgl. oben S. 274—275, auch Birkmeyer 70.

Regelmässig wird die Anklage unverzüglich nach Abschluss der Ermittelungen zu erheben sein. Sollte freilich der alsbaldigen Durchführung des Hauptverfahrens ein derzeitiges Hemmnis entgegenstehen, z. B. Abwesenheit, Geisteskrankheit des Beschuldigten, so kann die Anklage einstweilen unterbleiben[2]), genau in derselben Weise, wie das Ermittelungsverfahren z. B. dadurch stocken kann, dass ein unerlässlicher Zeuge krank und vernehmungsunfähig darniederliegt. Ein Verstoss gegen das Legalitätsprinzip liegt in solcher dilatorischen Behandlung nicht. Denn dieses verpflichtet nur zum „Einschreiten", sofern zureichende thatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, § 152 Abs. 2 St.P.O.; wie und wann einzuschreiten ist, das muss sich aus der Sachlage ergeben.

II. Als regelmässige Form der Anklageerhebung nennt § 168 St.P.O. die Einreichung einer Anklageschrift bei Gericht Es giebt jedoch Ausnahmsfälle, in denen die Anklage durch mündliche Erklärung vor Gericht erhoben wird. Dies gilt

α) von dem von der Staatsanwaltschaft zu gebenden Anstoss zum sogenannten summarischen Verfahren, § 211 St.P.O. Dieses charakterisiert sich[3]) dadurch, dass hier zur Hauptverhandlung ohne schriftliche Anklage (und Eröffnungsbeschluss) geschritten wird[4]). Die Anklage wird hier in der Verhandlung mündlich erhoben, ihr wesentlicher Inhalt ist aber, falls der Beschuldigte geladen wird, in die Ladung, anderenfalls in das Sitzungsprotokoll aufzunehmen.

β) Im Grunde genommen nur eine wenn auch eigen geartete Unterart des summarischen Verfahrens ist das Verfahren auf sogenannte Incidentanklage oder, wie man sie auch nennen könnte, „Zusatzanklage" nach § 265 St.P.O. Ist nämlich im Falle der Realkonkurrenz nur ein Teil der Thaten durch reguläre Anklage rechtshängig gemacht, so kann in der Hauptverhandlung gegen den Angeklagten (nicht gegen Andere) der Rest der Thaten durch mündliche Anklage anhängig gemacht werden. Die Anklage besteht hier in dem Antrage, die näher zu bezeichnende That zum Gegenstande derselben Aburteilung zu machen[5]).

---

[2]) Übereinstimmend, wenn auch nicht ohne Zweifel zu hegen, Löwe 4b zu § 152; Bennecke 439.

[3]) Oben S. 466. — Vgl. dazu Kohlrausch, Proz. Behandlung der Idealkonk. 25.

[4]) Dem Anklageformprinzip wird hier dadurch Rechnung getragen, dass natürlich die summarische Hauptverhandlung das Einverständnis der Staatsanwaltschaft mit der Aburteilung voraussetzt; dieses Einverständnis dokumentiert sich in der Vorlegung der Akten zum Zwecke des summarischen Verfahrens und dergl., mindestens aber in dem Erscheinen des staatsanwaltschaftlichen Beamten zur Hauptverhandlung.

[5]) Wie und inwieweit das Gericht diesem Antrag zu entsprechen hat, darüber s. unten § 114.

III. Jede Anklage muss einen bestimmten Beschuldigten bezeichnen[6]), gegen den sie sich richtet. Ferner muss die That, um die es sich handelt, in der Anklage derart individualisiert werden, dass eine Verwechselung mit anderen Thaten nicht möglich ist[7]), es müssen namentlich Zeit und Ort der That, so genau wie es nach den Umständen möglich ist, angegeben werden, ferner nötigenfalls z. B. der Gegenstand des Diebstahls (wenn der Thäter mehrere Gegenstände gestohlen hat) u. s. w.[8]). Die Anklage muss ferner enthalten die genaue Wiedergabe der gesetzlichen Formel des in Betracht kommenden Strafgesetzes („die gesetzlichen Merkmale der That"), eventuell mit weiteren, sich aus der Anwendung der übrigen Strafrechtssätze ergebenden Zusätzen betreffend Teilnahme, Konkurrenz, Versuch u. s. w.[9]), nebst Allegierung dieses Strafgesetzes[10]); weiter die Beweismittel[11]); das Gericht, vor dem die Hauptverhandlung stattfinden soll; endlich ein sogenanntes Ermittelungsergebnis, d.i. eine gedrängte Geschichtserzählung, „die wesentlichen Ergebnisse der stattgehabten Ermittelungen", St.P.O. § 198[12]). Das Ermittelungsergebnis kann jedoch in den reinen Schöffen-

---

[6]) Aber nicht notwendig mit Namen, die Anklage kann auch lauten z. B. „gegen die im hiesigen Gerichtsgefängnis Station D. IV, Nr. 17 befindliche männliche Person unbekannten Namens". Glaser II, 384; John II, 495; Bennecke 460.

[7]) Einer Spezialisierung, d. i. einer Auflösung der generellen Begriffsmerkmale in spezielle Angaben, z. B. statt „Urkunde": „Kaufbrief vom 17. Mai 1900" u. s. w. — gefordert von v. Kries 615; Ullmann 516 — bedarf es an sich nicht; so Glaser II, 576; Birkmeyer 591 Anm. b. Doch ist nicht zu übersehen, dass die Spezialisierung unter Umständen zur Individualisierung gehören kann — vgl. z. B. Text bei Anm. 8 — und dass jedenfalls das „Ermittelungsergebnis" (s. nachstehend bei Anm. 12) eine Spezialisierung in sich schliesst.

[8]) Dazu John II, 589 ff; E. III, 408; H. Meyer, H. H. II, 162; Ullmann 515.

[9]) Im Tempus muss diese Formel natürlich dem Falle angepasst, d. h. sie muss ins Tempus der Vergangenheit gesetzt werden, z. B.: NN. wird angeklagt, dem Schutzmann X, einem Beamten, welcher zur Vollstreckung von Befehlen und Anordnungen der Verwaltungsbehörden . . . berufen war, in der rechtmässigen Ausübung seines Amtes durch Gewalt . . . Widerstand geleistet zu haben. In der Praxis wird häufig unlogischer Weise bei den formelmässigen Relativsätzen das Präsens beibehalten: „dem Schutzmann X, einem Beamten, welcher . . . berufen ist". Aber ob der Schutzmann X z. Z. der Anklage zur Vollstreckung von Befehlen u. s. w. berufen ist, ist nicht von Bedeutung. Das Präsens liesse sich nur rechtfertigen bei Einschiebung des Pronomens „solcher" („einem solchen Beamten, welcher . . . ist").

[10]) Unwesentlich (Bennecke 462), aber immerhin empfehlenswert und in der Praxis üblich ist daneben die Allegierung der ausser dem „Strafgesetz" im eigentlichen Sinne (Beling, Grundzüge 9; Binding I, 175, Grundriss des Strafrechts 59; H. Meyer 103) in Betracht kommenden Strafrechtssätze, wie z. B. §§ 73, 74, 57, 20, 262 St.G.B.

[11]) Einschliesslich der etwaigen entlastenden.

[12]) Muster einer Anklageschrift s. bei Schmidt, Aktenstücke, 2. Aufl. 79; v. Hippel, Aktenstücke, 11.

sachen, sowie in den Überweisungssachen [13]) wegbleiben. Diese Vereinfachung entspringt der Erwägung, dass diese Sachen meist einfach liegen, überdies gegen das demnächstige schöffengerichtliche Urteil die Berufung gegeben ist [14]). Aber auch in Nichtschöffensachen ist das Ermittelungsergebnis nicht für einen begriffswesentlichen Bestandteil der Anklage zu erachten, sodass eine dieses Ermittelungsergebnisses ermangelnde Anklage und der darauf beruhende Eröffnungsbeschluss ungültig wären [15]). Als begriffswesentlich für die Anklage wird vielmehr nur zu erachten sein, dass deutlich der Wunsch der Staatsanwaltschaft hervortritt, dass das Gericht das Hauptverfahren in dieser Strafsache eröffnen möge.

Die Anklage kann bei Vorhandensein eines Zusammenhangs mehrere Strafsachen *uno actu* umfassen. Dabei ist zunächst an den „Zusammenhang" im technischen Sinne (St.P.O. §§ 2, 3) zu denken. Es kann also

*α*) gemeinsame Klage erhoben werden gegen mehrere Personen, die als Thäter, Teilnehmer, Begünstiger oder Hehler (mit Bezug auf einen und denselben Straffall) beschuldigt werden, sogenannte subjektive Klagenhäufung oder -Kumulation. Die gemeinsame Anklage ist aber nur zulässig, nicht geboten; es kann auch bei Vorhandensein eines Zusammenhangs ein einzelner Beschuldigter isoliert angeklagt werden, und zwar selbst da, wo ein Antragsdelikt vorliegt: unteilbar ist nur der Strafantrag, nicht die Klage [16]). Auch auf die isolierte Anklage hin hat sich das Gericht dem Hauptverfahren zu unterziehen, Ablehnung der Eröffnung oder des Urteils *ratione plurium litis consortium* ist unstatthaft [17]).

*β*) Ebenso wie gegen mehrere Beschuldigte, kann sich die Anklage auch gegen mehrere zusammenhängende Thaten desselben Beschuldigten richten (objektive Klagenhäufung oder -Kumulation) [18]).

---

[13]) Oben S. 77.
[14]) Prot. 392.
[15]) Zutreffend E. XXXI, 100.
[16]) Oben § 68 II 1.
[17]) Ebenso Köhler, Lehre vom Strafantrag, 123; E. XXIII, 202; Löwe 3b zu § 153; Stenglein 1 zu § 153; v. Kries 279; Ullmann 288; Frank II, 2 zu § 62.
[18]) Die §§ 2, 3 St.P.O. sprechen zwar von (subjektiver oder objektiver) Klagenhäufung nur im Falle, dass die zusammenhängenden Sachen vor Gerichte verschiedener Ordnung gehören; sie behandeln den Zusammenhang nur als einen Zuständigkeitsgrund. *Per argum. a fortiori* ergiebt sich aber ihre Zulässigkeit erst recht in dem Falle, dass die mehreren Sachen zur Zuständigkeit eines und desselben Gerichts gehören. Bennecke 463.

Auch über die Fälle dieses Zusammenhangs im eigentlichen Sinne hinaus muss aber eine Verbindung mehrerer Strafklagen für zulässig erachtet werden, sofern nur zwischen den Strafsachen irgend ein Zusammenhang besteht (z. B. Wechselseitigkeit der Thaten). Denn wenn nach § 236 St.P.O. das Gericht in diesem Falle die mehreren Strafsachen in der Hauptverhandlung mit einander verbinden kann, so muss auch schon verbindende Anklageerhebung statthaft sein [19]. Ohne Vorliegen eines Zusammenhangs ist solche verbindende Anklageerhebung dagegen unstatthaft [20].

IV. Die Anklage ist unter Beifügung der Ermittelungsakten einzureichen bei dem für die Beschlussfassung zuständigen beschliessenden Gericht, St.P.O. § 197 [21]; in den an das Schöffengericht zu überweisenden Sachen (G.V.G. § 75, oben S. 77) demnach bei der Strafkammer, da ja in diesen Sachen die Zuständigkeit des Schöffengerichts erst mit der erfolgten Überweisung beginnt.

Ermangelt eine sich als „Anklage" bezeichnende Erklärung der oben aufgeführten Erfordernisse, so würde das Gericht nicht auf sie hin zu reagieren, sondern die mangelhafte Anklage an die Staatsanwaltschaft ohne Entscheidung über Eröffnung oder Nichteröffnung der Untersuchung zurückzuschicken haben [22].

Die ordnungsmässige Anklage dagegen macht, wie die Klage überhaupt [22a], die Strafsache bei dem Gericht anhängig, rechtshängig [23]; mit ihr entsteht Rechtshängigkeit, Litispendenz. Das Gericht muss darüber Beschluss fassen, auch dann, wenn es eine der allgemeinen Prozessvoraussetzungen, z. B. den erforderlichen Strafantrag, vermisst [24].

Die Rechtshängigkeit tritt nur im Rahmen der Anklage ein. Der Gegenstand des Prozesses wird durch die Anklage festgelegt, sie giebt die Antwort auf die Frage: Welcher Anspruch (Anspruchskomplex) bildet den Gegenstand dieses Prozesses? Diese Frage ist von weit-

---

19) Bennecke 97; Löwe 34 zu Buch 2 Abschn. 1.

20) Eine Ausnahme lässt § 471 St.P.O. zu.

21) Vgl. oben § 24.

22) Bennecke 464.

22a) Oben S. 242.

23) Im Strafprozess kommt es natürlich ausnahmslos nur auf inländische, nicht auf ausländische Rechtshängigkeit an. Das Obschweben eines Strafprozesses vor einem ausländischen Gericht kann und muss gänzlich ignoriert werden. Vgl. oben § 9.

24) Fehlerhaftigkeit der Anklage selbst und Fehlen einer allgemeinen Prozessvoraussetzung wiegt also verschieden schwer. So zutreffend Bennecke 465.

tragender Wichtigkeit; die nicht auf den Anklagegegenstand bezüglichen Gerichtsakte (Eröffnung des Hauptverfahrens, Urteil) fallen ins Leere und erscheinen deshalb dem Anklageformgrundsatz zufolge als nichtig [25]).

Die Strafsache, auf die sich die künftigen Gerichtsakte beziehen, muss also mit der Strafsache, die die Anklage rechtshängig gemacht hat, identisch sein [26]).

Aber insoweit nur die Identität gewahrt bleibt, wird durch die Anklage eine nachmalige Verschiebung der Auffassung nicht gehindert. Insoweit ist eine „Klageänderung" nach erhobener Anklage statthaft, auch in dem Sinne, dass (nicht bloss der Kläger, sondern auch) das Gericht von der in der Anklage dargebotenen Auffassung abgehen kann.

So ist das thatsächliche Material, wie es die Anklage beigebracht hat, in keiner Weise grundlegend. Dem Instruktionsprinzipe gemäss kann künftig das Beweisgebäude von Grund aus neu aufgebaut werden [27]).

So ist ferner die juristische Würdigung der Anklage nur von ephemerer Bedeutung. Schon die Eröffnung des Hauptverfahrens, noch viel mehr das Urteil, kann z. B. die That, die die Anklage als Diebstahl bezeichnet, als Unterschlagung auffassen.

Es ergreift die Rechtshängigkeit ferner gemäss den obigen Ausführungen [28]) den ganzen Anspruchskomplex, der aus der That hervorgegangen ist. Liegt also eine natürliche oder künstliche Handlungseinheit vor, so sind sämtliche die Einheit bildenden Summanden rechtshängig geworden, gleichviel, ob sie in der Anklage genannt sind oder nicht. Die Anklage gegen X wegen eines diebischen Griffs macht, wenn dieser Griff nur ein Glied eines fortgesetzten Delikts ist, dieses ganze fortgesetzte Delikt rechtshängig [29]). Die Rechtshängigkeit erstreckt sich weiter auch auf den staatlichen Einziehungsanspruch, den Anspruch gegen dritte subsidiär Haftbare u. s. w. Insofern überliefert die Anklage ausser dem Beschuldigten, den sie nennt, dem Gericht auch Dritte, die sie nicht nennt (wenigstens nicht zu nennen braucht [30]). Dass gegen diese Dritten wirksame Entscheidungen nur dann ergehen können, wenn sie im weiteren Lauf des Prozesses zugezogen werden [31]), ist eine Sache für sich.

Dagegen ist selbstverständlich eine Ausdehnung der gerichtlichen Untersuchung auf nicht in der Anklage bezeichnete Thäter oder Thaten gemäss den Sätzen über

---

[25]) Oben S. 294—295.
[26]) Über die Identität s. oben S. 211 ff.
[27]) Heinze, G.A. XXIV, 282.
[28]) Oben § 61 III.
[29]) Nicht zutreffend Bennecke 467 Anm. 17, wenn er nur „die genau bezeichnete" Vorgangsreihe rechtshängig werden lässt. Rechtshängig werden auch die völlig unermittelt gebliebenen zugehörigen Einzelakte. Anders selbstverständlich bei Realkonkurrenz.
[30]) Bennecke 466 Anm. 16; Löwe 14 zu Buch 2 Abschn. 1.
[31]) Oben S. 270—271.

Identität [32]) unstatthaft. Auch eine Succession eines anderen Beschuldigten an Stelle des ursprünglichen in das Prozessverhältnis ist der St.P.O. unbekannt.

Es wird mehrfach behauptet, die Rechtshängigkeit hindere — wie im Civilprozess kraft der *exceptio litis pendentis* — die abermalige Anhängigmachung derselben Sache [33]). Es müsse in dem zweiten Verfahren das Gericht die Untersuchung ablehnen oder die eröffnete Untersuchung einstellen. Gewiss ist nun die doppelte Prozedur in einer und derselben Sache Verschwendung von Zeit und Kräften, und deshalb wird regelmässig kein Staatsanwalt wissentlich ein abermaliges Verfahren bei Obschweben des ersten einleiten, keine pleonastische Klage erheben. Aber geschähe dies dennoch (etwa aus Unkenntnis von der Rechtshängigkeit), so würde das zweite Verfahren einschliesslich der zweiten Klage genau so gültig sein, wie das erste [34]). Denn die St.P.O. kennt keinen Satz, wie den obigen. Im Gegenteil lehrt § 12 St.P.O., dass sie ihn reprobiert [35]); denn dieser § behandelt die doppelt erhobenen Klagen beide als gültig, nicht etwa bloss die erste, beide begründen Rechtshängigkeit, prävenierendes Gericht kann jedes von beiden Gerichten sein. Konsequent durchgeführt würde die Ansicht der Gegner auch dabei anlangen, dass das auf die zweite Klage hin ergangene Urteil unbeachtlich wäre, denn wäre das ganze zweite Verfahren ungültig, woher wollte plötzlich das in ihm ergehende Urteil seine Verbindungskraft hernehmen?

Würden beide Strafsachen bei einem und demselben Gericht anhängig gemacht, so würden die Prozesse nebeneinander hergehen können bis zum Ergehen eines rechtskräftigen Urteils. Selbstverständlich würde das Gericht, sobald es von der Duplizität Kenntnis bekäme, die Zusammenlegung beschliessen (§ 236 St.P.O. *arg. a fortiori*).

Würden freilich die beiden Klagen bei verschiedenen Gerichten gleicher Ordnung anhängig, so würde die prävenierende Eröffnung der Untersuchung bei dem einen Gericht fortan dem anderen Gericht die Zuständigkeit rauben, St.P.O. § 12 [36]), und deshalb das weitere

---

[32]) Oben § 61 VI.

[33]) Löwe 25 zu Buch 2 Abschn. 1; Bennecke 468; E. XXIX, 178. Birkmeyer 681 nimmt sogar einen Verbrauch der Klage durch die Klageerhebung an.

[34]) So auch Bennecke 468 Anm. 26, im latenten Widerspruch mit dem dort im Text Gesagten.

[35]) Bennecke 468 Anm. 25 will umgekehrt in § 12 gerade einen Belag für seine Auffassung erblicken; vgl. Birkmeyer 595.

[36]) Oben S. 101 ff.

Verfahren unstatthaft sein; dass dieser Umstand aber mit der Rechtshängigkeit nichts zu thun hat, ergiebt schon die Erwägung, dass, wie oben hervorgehoben, prävenierendes Gericht möglicherweise dasjenige sein kann, bei dem die Sache später als bei dem anderen anhängig geworden ist.

Mit Rücksicht auf das Vorausgeführte muss die Tragweite der Rechtshängigkeit also dahin eingeschränkt werden, dass jedes Gericht es ablehnen darf (aber nicht muss), einen neuen Prozess über eine schon rechtshängige Strafsache anzunehmen und durchzuführen.

Schweben die beiden identischen Strafsachen bei Gerichten verschiedener Ordnung, so handelt es sich um einen Fall des sachlichen Kompetenzkonflikts. Die St.P.O. enthält keine Vorschriften über die Lösung eines solchen. Daraus folgt, dass beide Prozesse solange neben einander hergehen, bis in einem ein rechtskräftiges Urteil vorliegt, und also fortan das *ne bis in idem* eingreift[37]).

Die Rechtshängigkeit kann von der Staatsanwaltschaft einseitig nur solange beseitigt werden (durch Klagerücknahme), als nicht die gerichtliche Untersuchung eröffnet worden ist, § 154 St.P.O.[38]). Ist dieser Augenblick vorüber, so kann fortan die Rechtshängigkeit nur dadurch endigen, dass der Prozess ordnungsmässig abgewickelt wird, also durch eine prozesserledigende Entscheidung, sofern sich der Prozess nicht von selbst erledigt, wie durch Tod des Angeschuldigten oder Untergang des Strafklagerechts.

## § 112.

### β) Die staatsanwaltschaftliche Einstellung des Verfahrens und das gerichtliche Klageprüfungsverfahren.

I. Das Gegenstück zur Anklage ist die Einstellung des (Ermittelungs-)Verfahrens. Sie erfolgt natürlich durch die Staatsanwaltschaft ohne irgend welches Zuthun des Gerichts, da ja die Sache im Ermittelungsverfahren noch nicht rechtshängig ist, die Staatsanwalt-

[37]) Entsprechendes bestimmt jetzt E.G. z. M.St.G.O. § 14 für den Fall eines Kompetenzkonflikts zwischen einem Militärgericht und einem bürgerlichen Gericht. Ganz anders, aber in sich nicht einig, die gesamte Literatur und Judikatur. Die H.M. (Geyer 394; Puchelt 4 zu § 1; John I, 137; Anonymus in G.A. XXXII, 71; Glaser II, 170; Ullmann 200, modifiziert auch Bennecke, 1. Aufl. 120) will die vom örtlichen Kompetenzkonflikt handelnden §§ 14, 19 St.P.O. auf den sachlichen übertragen. Bennecke oben 105; Löwe 2a zu Buch 1 Abschn. 1; Keller 3 zu § 1 erachten das Gericht höherer Ordnung als das zuständige; E. XXIX, 178 will in analoger Anwendung des § 12 St.P.O., (der aber doch die ursprüngliche Zuständigkeit beider Gerichte voraussetzte, somit auf den Konfliktsfall gar nicht passt) die Prävention entscheiden lassen.

[38]) Oben S. 243.

schaft noch *dominus litis* ist[1]); und zwar ist dann einzustellen, wenn irgend eine Anklagevoraussetzung fehlt, also wenn eine der allgemeinen Prozessvoraussetzungen nicht gegeben ist[2]), oder wenn der „hinreichende Verdacht" mangelt; letzteres kann wiederum auf Rechtsgründen beruhen[3]) oder aber auf thatsächlichen Gründen[4]).

In den Fällen, in denen für die Anklage noch weitere spezielle Voraussetzungen im Gesetz aufgestellt sind, zieht natürlich auch das Fehlen einer solchen speziellen Voraussetzung die Einstellung des Verfahrens nach sich[5]).

Sind aber alle diese Voraussetzungen gegeben, so kann von Einstellung keine Rede sein[6]).

Die Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft ist der Rechtskraft nicht fähig. Die Staatsanwaltschaft kann sie jederzeit, auch ohne Anregung von dritter Seite, umstossen und das Verfahren erneuern.

Von der erfolgten Einstellung müssen in Kenntnis gesetzt werden

der Beschuldigte, sofern er vom Richter verantwortlich vernommen oder ein Haftbefehl gegen ihn erlassen war, § 168 Abs. 2 St.P.O.;

immer der „Antragsteller", d. i. derjenige, der aus privatem Antrieb den Anstoss zur Strafverfolgung gegeben hatte[7]), (dagegen nicht die Behörde, die kraft Amtspflicht die Sache zur Anzeige gebracht hatte) St.P.O. § 169.

Dem Antragsteller (nicht auch dem Beschuldigten) müssen auch die Gründe der Einstellung eröffnet werden.

---

[1]) Oben S. 468.

[2]) Beispiele: Das Ermittelungsverfahren richtete sich gegen eine Militärperson, gegen einen Exterritorialen; oder die Unzuständigkeit des Gerichts, bei dem die betreffende Staatsanwaltschaft eingerichtet ist, hat sich herausgestellt; oder es mangelt bei einem Antragsdelikt der Strafantrag.

[3]) Die That erscheint z. B. als verjährt, als nicht unter das Strafgesetz fallend (etwa als strafloses *furtum usus*).

[4]) Der Sachverhalt hat sich nicht derart aufklären lassen, dass er den Beschuldigten „hinreichend" belastete, sodass bei Eröffnung des Hauptverfahrens eine Freisprechung zu erwarten stünde.

[5]) So in den Fällen der Privatklagedelikte das Fehlen des „öffentlichen Interesses" im Sinne des § 416 St.P.O.

[6]) So darf die Staatsanwaltschaft z. B nicht schlechthin mit der Motivierung einstellen, dass die That nach St.G.B. §§ 199, 233 aufzurechnen sei, denn die Aufrechnung ist dem Richter vorbehalten. Kronecker G.S. XLI, 227. Dass die Staatsanwaltschaft mit Rücksicht auf die voraussichtliche Kompensation das „öffentliche Interesse" im Sinne des § 416 St.P.O. negieren kann — Steinitz, Kompensation 63 — steht dem nicht entgegen; die Kompensation kann eben nur zu einer mit Verweisung auf den Privatklageweg verbundenen, nie zu einer einfachen Einstellung führen.

[7]) Oben § 110 S. 472.

Aus der Einstellung müssen natürlich gegebenenfalls auch weitere Konsequenzen gezogen werden: Antrag auf Aufhebung eines Haftbefehls, Herausgabe beschlagnahmter Sachen u. s. w.

II. Hat die Staatsanwaltschaft ein Einschreiten in einer Strafsache abgelehnt, sei es *a limine*[8]), sei es durch Einstellung des Ermittelungsverfahrens, so kann sich der an der Strafverfolgung Interessierte niemals klagend an das Gericht wenden, (es müsste denn sein, dass ein Fall der Privatklage gegeben ist). Wohl aber kann er sich in allen Fällen, gleichviel, ob er der Verletzte war, und ob er es war, der die Strafverfolgung zuvor angeregt hat, oder nicht, beschwerdeführend an die der Staatsanwaltschaft vorgesetzte Behörde bis hinauf in die höchste Beschwerdeinstanz wenden (also z. B. in Preussen bis an den Justizminister)[9]).

Ausserdem[10]) kann er unter gewissen Umständen ein gerichtliches Klageprüfungsverfahren herbeiführen, in dem das Gericht zu prüfen und darüber zu entscheiden hat, ob die Staatsanwaltschaft in Bethätigung des Legalitätsprinzips[11]) die Klage zu erheben habe, St.P.O. §§ 169 ff.

Das Recht, diese gerichtliche Klageprüfung zu verlangen, hat aber nur der verletzte Antragsteller. War derjenige, der den Antrag auf Strafverfolgung (im weitesten Sinne, nicht = Strafantrag[12])) gestellt hatte, nicht selbst verletzt, so kommt ihm jenes Recht ebensowenig zu, wie dem Verletzten, von dem der Anstoss zur Strafverfolgung nicht ausgegangen war. Natürlich kann sich aber der Verletzte auch

---

[8]) Oben S. 468 Anm. 2.

[9]) Für diese Beschwerde gelten die Sätze der §§ 346 ff. St.P.O. nicht, oben § 104 Anm. 1.

[10]) Es ist nicht genau, wenn dem Berechtigten nur die Wahl zwischen staatsanwaltschaftlicher Beschwerde und Herbeiführung des gerichtlichen Verfahrens gegeben wird (so Bennecke 454). Beide Rechtsbehelfe sind an sich kumulativ gegeben. Vgl. Löwe 2a zu § 170; Voitus, Kontroversen II, 338; dazu Delius G.A. XLIII, 185.

[11]) Die Einstellung in den Opportunitätsfällen unterliegt der gerichtlichen Überprüfung nicht, oben S. 279. Hierhin gehört namentlich die Verweisung auf den Weg der Privatklage wegen Fehlens eines öffentlichen Interesses nach § 416 St.P.O., Glaser II, 342; Bennecke 634 Anm. 2. Sollte freilich die Staatsanwaltschaft in einem Privatklagefalle unter Bejahung des öffentlichen Interesses gleichwohl eingestellt haben (z. B. weil der Beschuldigte nicht der Thäter sei), so könnte hiergegen das Gericht angerufen werden, vgl. oben S. 277. Richtig O.L.G. Kiel, G.A. XXXIX, 359; Delius G.A. XLIII, 179; Geyer 857; wohl auch Bennecke 459 Anm. 34. A. M. O.L.G. Cassel, G.A. XXXVII, 77; O.L.G. Celle, G.A. XL, 180; XLI, 300; Stenglein 10 zu § 170; v. Kries 271.

[12]) Oben S. 472; Bennecke 167 Anm. 15.

nach Einstellung des Verfahrens noch den Weg des Klageprüfungsverfahrens dadurch eröffnen, dass er jetzt die Strafverfolgung bei der Staatsanwaltschaft beantragt; diesem Antrag gegenüber würde die Staatsanwaltschaft (falls sie sich nicht jetzt von der Notwendigkeit der Anklageerhebung überzeugte) erneut Einstellung des Verfahrens verfügen, und gegen diese Verfügung hätte der Verletzte nunmehr die Möglichkeit, ein Klageprüfungsverfahren herbeizuführen.

Der Begriff des „Verletzten“ ist im Sinne dieser Gesetzesbestimmung zunächst kein anderer, als im Sinne des Strafantragsrechts[13]): „Verletzt“ ist derjenige, dessen eigene Rechtsgüter durch die That angegriffen worden sind, nur bleibt zu bedenken, dass nicht jeder Verletzte strafantragsberechtigt ist[14]). Es genügt also nicht, dass jemanden nur schädliche Folgen einer That getroffen haben, vielmehr muss eins seiner Rechtsgüter faktisch, wenn auch nicht gewolltermassen, direktes Angriffsobjekt der That selbst gewesen sein[15]); würde etwa infolge einer Schlägerei ein Pferd scheu werden und einer Gemüsehändlerin ihre Ware zertreten, so könnte die Händlerin nicht als „durch die Schlägerei verletzt“ im Sinne des § 170 St.P.O. gelten. Es ist ferner nur eine Verletzung an einem eigenen Rechtsgute genügend; wer z. B. an einer unzüchtigen Handlung Ärgernis genommen hat, ist nicht „Verletzter“, im Sinne des § 170[16]). Auf der anderen Seite ist gleichgültig, welches Rechtsgut in Frage stand[17]); es kommen im Gegensatz zu § 435 St.P.O. nicht bloss Verletzungen des Lebens, der Gesundheit, der Freiheit, des Personenstandes oder des Vermögens in Betracht. Gleichgültig ist auch, ob die betreffende Rechtsgutverletzung eine dem Begriffe des Delikts immanente, oder eine ausserhalb liegende ist[18]), (wie z. B. Obsiegen über den Gegner in einem Civilprozess vermittelst eines Meineids, also Vermögensverletzung durch Meineid). Das ergiebt sich daraus, dass das Gesetz das Klageprüfungsverfahren bei den vor das

---

[13]) Oben § 65 S. 225. Ein Auseinandergehen der beiden Begriffe s. jedoch unten bei Anm. 18.

[14]) Insofern zutreffend Geyer 350, 407, dessen Formulierung freilich Bennecke 169 Anm. 25 mit Recht beanstandet.

[15]) Ebenso John II, 412. A. M. Bennecke 169 Anm. 25.

[16]) A. M. Löwe 5b zu § 170. Überhaupt will die H. M. — so ausser Löwe besonders Bennecke 169; E. XXIII, 361; Stenglein 9 zu § 170; v. Kries 271; Süss, Stellung der Parteien 103 — eine formelmässige Definition des Begriffes „Verletzter“ nicht anerkennen, sondern nur den Begriff „möglichst weit“ fassen, sodass jede Berührung der Rechtssphäre eines anderen genüge. So sollen z. B. bei Tötung die Angehörigen des Getöteten die „Verletzten“ sein (Löwe 5b zu § 170; Bennecke 169 in Anm. 26; sogar John II, 416; dagegen v. Kries 272). Bei dieser Auffassung verliert man aber den festen Boden unter den Füssen. Zuzugeben ist nur, dass auch die Einschränkungen schwer zu umschreiben sind. Für eine einschränkende Auslegung des Begriffes sprechen sich aus Geyer 407; Voitus 1 zu § 170, Kontroversen II, 317; Fuchs H.H. I, 452; Dalcke 8 zu § 170; John II, 412.

[17]) Löwe 5b zu § 170; Bennecke 169 Anm. 25 betonen mit Recht, dass nicht bloss an die Verletzung materieller Güter zu denken ist.

[18]) Hierin weicht der Begriff des „Verletzten“ im Sinne des Strafantragsrechts ab.

Reichsgericht in erster Instanz gehörigen Sachen, also bei Hoch- und Landesverrat gegen Kaiser und Reich, ausdrücklich erwähnt, dabei aber sicher nicht bloss an „Kaiser und Reich" als Verletzte gedacht ist[19]).

Das Recht des verletzten Antragstellers, das Gericht anzurufen, ist aber bedingt durch die vorherige binnen zwei Wochen von der Bekanntmachung der Einstellung ab erfolgte Beschreitung des Beschwerdeweges „an den vorgesetzten Beamten der Staatsanwaltschaft"[20]): erst gegenüber dem Beschwerdebescheide greift das Klageprüfungsverfahren Platz, § 170 Abs. 1 St.P.O. Ist freilich die Reichsanwaltschaft diejenige Behörde, die in erster Instanz die Strafverfolgung abgelehnt hat, so muss das gerichtliche Klageprüfungsverfahren sofort zulässig sein, weil es zwar einen Vorgesetzten der Reichsanwaltschaft, den Reichskanzler, giebt, aber nicht, wie § 170 es verlangt, einen solchen Vorgesetzten, der selbst „Beamter der Statsanwaltschaft" ist[21]).

Um welche Deliktart es sich handelt, ist gleichgültig, namentlich sind nicht etwa bloss Antragsdelikte dem Klageprüfungsverfahren zugänglich. Nicht aber darf einer der Fälle in Frage stehen, in denen die Erhebung oder Nichterhebung der Klage in das Ermessen der Staatsanwaltschaft gestellt ist[22]); das Klageprüfungsverfahren ist nur möglich im Umfange des Legalitätsprinzips[23]).

Funktionell zuständig zur Entscheidung ist in den (in erster Instanz[24])) vor das Reichsgericht gehörigen Sachen dieses, in anderen Sachen das Oberlandesgericht, und zwar dasjenige, zu dessen Bezirk der Sitz der betreffenden Staatsanwaltschaft gehört.

Inhaltlich muss der Antrag gehörig substanziiert sein durch Angabe der Thatsachen, die die Erhebung der Klage begründen sollen, und der Beweismittel, § 170 Abs. 2 St.P.O.

---

[19]) Als „Verletzter" wäre z. B. im Falle des § 90 $^{2}$ St.G.B. auch derjenige zu denken, dem die von dem Thäter zerstörte Eisenbahnanlage gehörte.

[20]) Da die zweiwöchige Frist nicht bei Gericht wahrzunehmen ist, so ist gegen eine Versäumung Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht gegeben. So Bennecke 455; Löwe 2b; Stenglein 12 zu § 170. A. M. John I, 452.

[21]) Ebenso Löwe 12 zu § 170; Glaser II, 343; Bennecke 167 Anm. 17, 456; v. Schwarze G.S. XXXI, 299; Geyer 626; wohl auch Delius G.A. XLIII, 183. A. M. einesteils Dochow, Reichsstrafprozess, 194; Voitus, Kontroversen II, 349, (das Klageprüfungsverfahren entfalle gegenüber der Reichsanwaltschaft); anderenteils Puchelt 5 zu § 170; Stenglein 3 zu § 170 (das Klageprüfungsverfahren setze in dem betreffenden Falle eine vorgängige Beschwerde an den Reichskanzler voraus).

[22]) Oben S. 277 ff.

[23]) So Löwe 4 zu § 170; Bennecke 168; v. Schwarze G.S. XXXI, 288; John II, 227, 416. A. M. Puchelt 2 zu § 170.

[24]) R. I, 41.

Der Antrag ist prozessual zulässig nur, wenn er frist- und formgerecht angebracht ist. Die Frist beträgt einen Monat, gerechnet von der Bekanntmachung des oben erwähnten Beschwerdebescheids ab. In formeller Hinsicht fordert der § 170, um leichtfertigen Missbrauch des Klageprüfungsverfahrens zu verhüten, Unterzeichnung des Antrages durch einen Rechtsanwalt. Ausserdem kann das Gericht durch besonderen Beschluss dem Antragsteller die vorgängige Stellung einer Sicherheitsleistung für die entstehenden Auslagen *(cautio de expensis)* zu Gunsten der Staatskasse und des Beschuldigten auferlegen nach näherer Massgabe des § 174 St.P.O. Alsdann greift bei Nichtleistung der Kaution die Fiktion der Zurücknahme des Antrags Platz, § 174 Abs. 2.

Das Verfahren ist schriftlich, es wird auf Grund der Akten[25]) entschieden. Vor der Entscheidung muss gemäss § 33 St.P.O. die Staatsanwaltschaft gehört werden. Fehlt es an einem der voraufgeführten prozessualen Erfordernisse, ist der Antragsteller z. B. nicht der Verletzte, oder fehlt die Unterschrift eines Anwalts, so verwirft das Gericht den Antrag ohne inhaltliche Prüfung als unzulässig. Anderenfalls wird auf die Sache selbst eingegangen und entweder der Antrag als unbegründet verworfen, St.P.O. § 172, oder aber die Klageerhebung angeordnet, St.P.O. § 173. In jedem Falle müssen in dem Beschlusse die Gründe der Entscheidung angegeben werden, St.P.O. § 34. Bei Verwerfung des Antrages sind dem Antragsteller die Kosten aufzuerlegen, § 175 St.P.O. Von der Verwerfung des Antrages sind der Antragsteller, die Staatsanwaltschaft und der Beschuldigte in Kenntnis zu setzen, St.P.O. § 172, wohingegen unsachgemässerweise im Falle der Anordnung der Klageerhebung eine Bekanntmachung an den aktiv und an den passiv Interessierten im Gesetz nicht vorgesehen ist. Der Beschluss ist, wie er auch lauten mag, gleichviel ob er vom Reichsgericht oder von einem Oberlandesgericht erlassen ist, wegen St.P.O. § 346 Abs. 3 unanfechtbar[26]).

Hat das Gericht die Klageerhebung beschlossen, so muss die Staatsanwaltschaft diesen Beschluss ausführen, sie ist also insoweit

[25]) Und zwar sachgemässer Weise der staatsanwaltschaftlichen Ermittelungsakten, Löwe 1; Stenglein 1 zu § 171; dazu Bennecke 456 Anm. 21, eventuell veranstaltet das Gericht seinerseits noch weitere Erhebungen; neue Thatsachen und neue Beweismittel kann das Gericht in weitestem Umfange benutzen, und zwar ohne an die Anführungen der Parteien gebunden zu sein (Instruktionsprinzip). Das Genauere s. in St.P.O. § 171. Vgl. Süss, Stellung der Parteien 104.

[26]) Über seine Rechtskraftfähigkeit s. oben S. 422.



ausnahmsweise[27]) dem Gericht subordiniert. Doch beschränkt sich diese Pflicht der Staatsanwaltschaft auf die Klageerhebung schlechthin. Die Staatsanwaltschaft kommt ihrer Pflicht nach, wenn sie die Sache rechtshängig macht, sei es in Form der Anklage, sei es in Form des Antrags auf Voruntersuchung (soweit zulässig)[28]), sei es unter dem vom Gericht für richtig erachteten, sei es unter einem ganz anderen rechtlichen Gesichtspunkt. Damit ist ja der Zweck des Klageprüfungsverfahrens erreicht: es ist jetzt das Gericht mit der Sache befasst. Freilich kann es sich selbst dann noch ereignen, dass das Gericht nicht zu einem Urteil gelangen kann, weil die Staatsanwaltschaft gewisse notwendige Anträge nicht stellt, z. B. nach abgeschlossener Voruntersuchung die Sache liegen lässt. Das hängt damit zusammen, dass das Klageprüfungsverfahren dem Legalitätsprinzip eben nur in Ansehung der Klageerhebung, nicht darüber hinaus, zur Seite steht[29]). Abhülfe hiergegen wäre nur durch Beschwerde bei den Vorgesetzten der Staatsanwaltschaft möglich.

## c) Die Entscheidung des Gerichts über die Anklage.

### § 113.

#### a) Allgemeines.

I. Nach allen älteren Rechten versetzte die erhobene Anklage das Gericht in die Notwendigkeit, sich der Aburteilung der Sache zu unterziehen. Anders der moderne Strafprozess. Hier tritt zwischen die Anklage und die Aburteilung erst die Entschliessung des Gerichts darüber, ob es überhaupt zu einer „Aburteilung“ kommen solle, ob das Hauptverfahren eröffnet werden solle. Möglicherweise wird schon jetzt der von der Staatsanwaltschaft anhängig gemachte Prozess im Keime erstickt, ohne dass es zu einer Hauptverhandlung und einem Urteil kommt. Die Anklage (wie die Klage überhaupt [1]) erscheint nur gewissermassen als eine Offerte der Staatsanwaltschaft, die vom Gericht geprüft und möglicherweise abgelehnt wird. Man kann formulieren: Ohne gerichtlichen Eröffnungsbeschluss kein Hauptverfahren. Das Vorliegen eines gültigen

---

[27]) Vgl. oben S. 124.

[28]) Nicht aber in einer irregulären Klageform (Antrag auf Strafbefehl), Bennecke 459 Anm. 36.

[29]) Oben S. 276 bei Anm. 19.

[1]) Oben § 68 S. 241.

Eröffnungsbeschlusses ist Prozessvoraussetzung für das Hauptverfahren und (speziell) für die Hauptverhandlung [2]).

Ausnahmsweise tritt zwischen die Klage und die Hauptverhandlung kein gerichtlicher Eröffnungsbeschluss in den Fällen des sogenannten summarischen Verfahrens vor dem Schöffengericht und dem Amtsgericht nach § 211 und in denen der sogenannten Incidentanklage nach § 265 St.P.O. [3]). In diesen Fällen bedarf es überhaupt keines einleitenden Gerichtsbeschlusses. Das Gericht tritt stillschweigend in die Verhandlung ein [4]), sofern es die Voraussetzungen der §§ 211, 265 St.P.O. für gegeben erachtet [5]). Damit ist „die Eröffnung der Untersuchung" im Sinne des § 154 St.P.O. gegeben.

Im einzelnen gilt für das summarische Verfahren und für das Verfahren auf Incidentanklage folgendes:

1. Das summarische Verfahren ist zulässig nur in den ursprünglichen Schöffensachen, und zwar nur dann, wenn entweder der Beschuldigte sich freiwillig stellt oder infolge einer vorläufigen Festnahme dem Gericht vorgeführt oder nur wegen Übertretung verfolgt wird. In Übertretungssachen bedarf es hierbei keiner Zuziehung von Schöffen, falls der Beschuldigte vorgeführt wird, die ihm zur Last gelegte That eingesteht, und die Staatsanwaltschaft mit der Aburteilung durch den Amtsrichter allein einverstanden ist.

Obligatorisch vorgeschrieben ist das summarische Verfahren nicht; ob dieser Weg beschritten wird, ist in die freie Entschliessung der Staatsanwaltschaft und des Gerichts gegeben. [6]).

2. Auf Incidentanklage hin kann (nicht muss) das Gericht dann verhandeln und urteilen, wenn der Angeklagte der alsbaldigen Verhandlung zustimmt, die That sich nach Auffassung des Gerichts [7]) nicht als „Verbrechen" darstellt, und ihre Aburteilung die sachliche Zuständigkeit des Gerichts nicht überschreitet.

II. Die Gesamtheit der Handlungen zwischen der Erhebung der Anklage und dem darauf hin ergehenden positiven oder negativen Beschluss des Gerichts bildet das in der Praxis so genannte „Zwischen- oder Übergangsverfahren". Jedoch darf dieses nicht als ein eigener,

---

[2]) Vgl. R. VI, 64; E. XXIV, 65.
[3]) Oben S. 466, 475.
[4]) Vgl. E. XXIII, 39. A. M. Bennecke 565.
[5]) Anderenfalls freilich würde ein Ablehnungsbeschluss zu ergehen haben.
[6]) Vgl. John II, 805; Löwe 11 zu § 211; Bennecke 504.
[7]) Auf die Auffassung der Staatsanwaltschaft kommt es nicht an, E. XXIII, 33.

weder zum Vorverfahren noch zum Hauptverfahren gehöriger Prozessabschnitt aufgefasst werden, da die St.P.O. „Vorverfahren" und „Hauptverfahren" ohne Intervall an einander anschliesst; vielmehr muss das Zwischenverfahren noch dem Vorverfahren zugerechnet werden[8]) als ein gewissermassen nachhinkender Teil desselben.

Bevor sich das Gericht über die Eröffnung des Hauptverfahrens schlüssig macht, bedarf es zunächst der Anhörung des Angeschuldigten. Der Vorsitzende hat nämlich die Anklageschrift dem Angeschuldigten unter Setzung einer Frist mit der Aufforderung zur Erklärung darüber zuzustellen, ob er eine Voruntersuchung (soweit eine solche zulässig) oder die Vornahme einzelner Beweiserhebungen vor der Hauptverhandlung beantragen oder Einwendungen, seien es thatsächliche oder (prozessual- oder materiell-)rechtliche, gegen die Eröffnung des Hauptverfahrens vorbringen wolle, St.P.O. §§ 199, 35[9]).

Eine „Eröffnung der Untersuchung" im Sinne des § 154 St.P.O. liegt in der Mitteilung der Anklageschrift an den Angeschuldigten noch nicht[10]), die öffentliche Klage ist also damit noch nicht unzurücknehmbar geworden.

Nicht erforderlich ist die Zustellung der Anklageschrift an den Angeschuldigten vor der Beschlussfassung in den Fällen, in denen das Hauptverfahren vor dem Schöffengerichte eröffnet oder die Sache an das Schöffengericht überwiesen wird, St.P.O. § 199 Abs. 4. Die vorgängige Nichtanhörung des Angeschuldigten wird hier dadurch aufgewogen, dass nachher der Weg der Berufung gegen das Urteil offen steht.

---

[8]) Übereinstimmend Bennecke 436 Anm. 5; Stenglein G.S. XLIV, 81; Kommentar Bem. zu Buch 2 Abschn. 4 St.P.O.; v. Kries 463; Birkmeyer 557; O.L.G. Hamburg, G.A. XLIII, 416; Kammergericht, Preuss. J.M.Bl. 1895, 161; Wyszomirski, G.A. XXXV, 245; Hassenstein G.A. XXXVI, 30; Kronecker G.A. XXXVI, 197. John II, 84 ff. erblickt bereits in der Mitteilung der Anklageschrift an den Angeschuldigten eine „Eröffnung der Untersuchung", sodass also wohl das Zwischenverfahren nach ihm ein Teil des Hauptverfahrens sein müsste. Dies ist auch die Ansicht von Fuchs, G.A. XXXV, 85 ff. Aber dann wäre die krasse Konsequenz nicht abzulehnen, dass ein Hauptverfahren auch dann schon vorhanden gewesen wäre, wenn der später ergehende Gerichtsbeschluss auf Nichteröffnung eines Hauptverfahrens lautete!

[9]) Die Bestimmung war im Entwurf nicht enthalten. Über die Entstehungsgeschichte s. John II, 602. Der Wert des § 199 ist nicht unstreitig. Gegen ihn z. B. Kronecker, Dtsch. Wochenbl. IX, 15. Es wird nicht zu bezweifeln sein, dass der § in seiner jetzigen Gestalt eine Halbheit ist. Etwas ganz anderes wäre obligatorische mündliche Anhörung des Angeschuldigten. Aber dann wiederum wäre von da nur ein Schritt zur vollen erstinstanzlichen Hauptverhandlung ohne Eröffnungsbeschluss (oben S. 281 Anm. 5). Ferner ist die Erklärung, zu der der Angeschuldigte aufgefordert wird, zwitterhaft, insofern sie sich nicht bloss auf das gegenwärtige Prozessstadium bezieht, sondern auch auf „Vornahme einzelner Beweiserhebungen vor der Hauptverhandlung"; ein Antrag in dieser Richtung ist aber hier sicher noch nicht am Platze. Über solche Einzelerhebungen s. unten § 119.

[10]) Stenglein G.S. XLI, 81; Bennecke 469 Anm. 33; Löwe 1 zu § 154. A. M. John II, 84.

Ist die Erklärung des Angeschuldigten eingegangen, oder die ihm gesetzte Frist unbenutzt verstrichen, so entscheidet das Gericht nunmehr durch einen ohne mündliche Verhandlung ergehenden Beschluss über das weitere Geschick des Prozesses, und zwar hat es sich grundsätzlich unverzüglich über Eröffnung oder Nichteröffnung des Hauptverfahrens schlüssig zu machen; es darf weder diese Beschlussfassung faktisch hinausschieben, noch einen rein dilatorischen Beschluss, lautend auf Hinausschiebung der Schlüssigmachung, fassen[11]), insoweit nicht das Gesetz selbst dies durch besondere Bestimmung gestattet oder gebietet.

Solche Sonderbestimmungen sind z. B. St.P.O. § 261[12]), Reichsverfassung Art. 31, St.G.B. §§ 164 Abs. 2, 191. In diesen Fällen wird die Beschlussfassung ausgesetzt, sei es durch Beschluss (so im Falle des § 261 St.P.O.), sei es so, dass stillschweigend innegehalten wird[13]).

Die Beschlussfassung muss sich natürlich im Rahmen der Rechtshängigkeit halten[14]). Würde das Gericht den ihm durch die Anklage gezogenen Rahmen überschreiten, also seine Beschlussfassung auf eine nicht rechtshängige Strafsache erstrecken, so wäre der Eröffnungsbeschluss insoweit nichtig[15]).

Eine Beseitigung des nichtigen Beschlusses könnte nach § 346 St.P.O. im Wege der Beschwerde erzielt werden[16]), da § 209 St.P.O., der das Rechtsmittel versagt, sich auf diese nichtigen Beschlüsse nicht mit bezieht. Indessen bedürfte es angesichts der Nichtigkeit einer formellen Beseitigung überhaupt nicht. Diametral entgegengesetzt ist die mit dem Anklageformprinzip widerstreitende und deswegen unannehmbare Meinung[17]), dass der Gerichtsbeschluss unangefochten hingenommen und erledigt werden müsse.

Im Rahmen der Rechtshängigkeit aber prüft das Gericht den Straffall mit voller Freiheit in thatsächlicher, wie rechtlicher Beziehung, prozessual, wie materiellrechtlich, St.P.O. § 204. Das

---

[11]) Eine andere Bedeutung haben natürlich die unten § 115 zu erwähnenden Zwischeninformationsbeschlüsse.

[12]) Löwe 7 zu § 196; Süss, Stellung der Parteien, 263. Dagegen will Bennecke 511 den § 261 nur für das Hauptverfahren gelten lassen. Aber § 261 verfolgt den Zweck, die Schlüssigmachung des Strafrichters an den Ausfall des Civilverfahrens zu knüpfen, und dieser Grundgedanke ist auch für das Eröffnungsstadium brauchbar.

[13]) Übereinstimmend für Reichsverfassung Art. 31, St.G.B. § 191: Bennecke 512.

[14]) Oben S. 478.

[15]) Es ist solchenfalls in Wahrheit kein (gültiger) Eröffnungsbeschluss gefasst, weil ein solcher gar nicht gefasst werden konnte, John II, 739. Vgl. oben S. 295.

[16]) Ebenso Bennecke 493 Anm. 5; John II, 744; Lamm, Rechtsmittel der Beschwerde 16; Dalcke 2; Thilo 2 zu § 206; Voitus, Kontroversen I, 275; Fuchs. H. H. II, 46. Löwe 3a zu § 209 gewährt die sofortige Beschwerde.

[17]) Bennecke 505 Anm. 16; v. Kries 520; Ullmann 436; Glaser II, 446; Stenglein 3a zu § 209; Keller 1, 3; Puchelt 2 zu § 209.

Gericht kann daher — dem Instruktionsprinzip gemäss — auch Thatsachen berücksichtigen, die die Anklage nicht anführt, sich auch — St.P.O. § 200, unten § 115 — selbstthätig neue Erkenntnisquellen eröffnen. Das Gericht kann weiter auf die Thatsachen Rechtssätze aller Art, nicht bloss die von den Parteien in Bezug genommenen, anwenden, auch die Anwendung der in der Anklage aufgeführten Rechtssätze als fehlerhaft verwerfen, z. B. der Anklage entgegen die That als eine Unterschlagung, nicht als Diebstahl, charakterisieren, oder das Vorhandensein eines gültigen Strafantrags oder die Zuständigkeit des Gerichts leugnen u. s. w.

#### β) Die einzelnen Beschlüsse.

### § 114.

*1. Die Eröffnung des Hauptverfahrens und die vorläufige Einstellung des Verfahrens nach St.P.O. § 208.*

I. Kommt das Gericht zu der Überzeugung, dass alle Prozessvoraussetzungen gegeben sind, und dass „hinreichender Verdacht" einer strafbaren Handlung in der betreffenden Strafsache vorliegt, so beschliesst es die Eröffnung des Hauptverfahrens, § 201 St.P.O., sogenannter Eröffnungsbeschluss, früher Anklage- oder Verweisungsbeschluss genannt. Indem das Gesetz „hinreichenden Verdacht" verlangt, lässt es auf der einen Seite nicht jede entfernte Vermutung genügen; auf der anderen Seite aber erfordert es nicht, dass das Gericht die Verurteilung für unausbleiblich halten müsse; nicht einmal „dringender" Verdacht, wie er für den Erlass eines Haftbefehls notwendig ist, St.P.O. § 112 [1]), braucht vorzuliegen. Ausreichend und erforderlich ist vielmehr, dass „die Verurteilung mit einiger Wahrscheinlichkeit zu erwarten steht" [2]).

Die Erwägungen, die das Gericht hierbei anzustellen hat, sind keine anderen als diejenigen, die die Staatsanwaltschaft zur Anklageerhebung geführt haben [3]). Demgemäss ist der ganze Fall in thatsächlicher, wie in rechtlicher Beziehung, der gerichtlichen Prüfung zu unterziehen.

Die Wirkung des Eröffnungsbeschlusses ist die, dass er die Strafsache im vollen Umfang der Rechtshängigkeit in die Lage bringt,

---

[1]) Oben S. 178.

[2]) Motive zu §§ 164—166 des Bundesratsentwurfs, zu §§ 167—169 des Reichstagsentwurfs.

[3]) Oben S. 474.

abgeurteilt zu werden; die Sache wird jetzt bei dem erkennenden Gericht anhängig, und zwar ungeteilt[4]).

Ein korrekter Eröffnungsbeschluss hat nach § 205 St.P.O. die dem Angeklagten zur Last gelegte That unter Hervorhebung ihrer gesetzlichen Merkmale und des anzuwendenden Strafgesetzes[5]) sowie das Gericht, vor dem die Hauptverhandlung stattfinden soll, zu bezeichnen[6]) und zwar mit eigenen Worten zu bezeichnen, nicht durch blosse Bezugnahme auf die Anklageschrift[7]). Nicht erforderlich sind (im Gegensatz zur Anklage) die Benennung der Beweismittel, sowie ein Ermittelungsergebnis. Als begriffswesentlich wird aber nur zu erachten sein, dass das Gericht deutlich zum Ausdruck bringt, dass in dieser Strafsache das Hauptverfahren eröffnet sein solle[8]). Unschädlich würde daher, wenn auch nicht korrekt sein: die Weglassung des Strafgesetzes, ein falsches Citat hierbei, die versehentliche Entstellung der strafgesetzlichen Formel[9]) u. s. w. Selbst eine unklare Bezeichnung der Strafsache, um die es sich handelt, würde nicht unbedingt den Beschluss nichtig machen; er würde vielmehr gültig sein, sofern sich aus dem Zusammenhalt mit der Anklage die erforderliche Bestimmtheit ergiebt[10]). Eine Abstellung dieser die Gültigkeit des Beschlusses nicht in Frage stellenden Inkorrektheiten ist im Gesetz nicht vorgesehen. Keinesfalls kann das erkennende Gericht den Eröffnungsbeschluss korrigieren[11]). Eine Korrektur durch das beschliessende Gericht, insofern sie bloss authentische Interpretation ist, ist nicht für unzulässig zu erachten, aber bedeutungslos[12]).

---

[4]) Oben § 61 III. Hat also das Gericht die Eröffnung nur unter einem bestimmten juristischen Gesichtspunkte beschlossen und unter einem anderen juristischen Gesichtspunkte abgelehnt, so steht gleichwohl die juristische Beurteilung dem erkennenden Gericht in vollem Umfang frei. R. II, 637; vgl. IV, 325, VI, 741.

[5]) „Strafgesetz" ist auch hier wie bei der Anklage im eigentlichen, engsten Sinne zu verstehen, vgl. oben S. 476.

[6]) Muster eines Eröffnungsbeschlusses s. bei R. Schmidt, Aktenstücke, 81; v. Hippel, Aktenstücke, 12.

[7]) Bennecke 498 Anm. 3; Löwe 1 zu § 205 mit der jetzigen Reichsgerichtspraxis. A. M. R. III, 225.

[8]) Lässt der Eröffnungsbeschluss dies nicht erkennen, so ist er nichtig. Im wesentlichen übereinstimmend E. XXI, 64; doch wird dort Heilung der Nichtigkeit bei authentischer Gerichtsinterpretation angenommen.

[9]) E. XXIV, 66.

[10]) Vgl. E. III, 406, XXI, 64, XXIV, 66; R. III, 225, V, 583; VIII, 377; Löwe 5 zu § 205; John II, 581 ff.

[11]) Bennecke 506 Anm. 19 gegen Stenglein 6 zu § 202.

[12]) Unzulässig wären aber sachlich neue Beschlüsse des beschliessenden Gerichts, z. B. Nachholung des vergessenen Beschlusses über die Haft, vgl. unten

Das Gericht, vor welchem das Hauptverfahren eröffnet wird, richtet sich nach den Sätzen über die Zuständigkeit. Dabei kann regelmässig jedes (beschliessende) Gericht das Hauptverfahren nur vor demjenigen erkennenden Gericht eröffnen, für welches es die Funktion eines beschliessenden Gerichts hat. Es kann also regelmässig

der Amtsrichter das Hauptverfahren nur vor dem Schöffengericht,

die beschliessende Strafkammer das Hauptverfahren nur vor der erkennenden Strafkammer und vor dem Schwurgericht,

das beschliessende Reichsgericht (1. Strafsenat) das Hauptverfahren nur vor dem Reichsgericht (verein. 2. und 3. Strafsenat)

eröffnen.

Hält also das beschliessende Gericht dafür, dass die Hauptverhandlung in der Sache nicht vor dem zu ihm gehörigen erkennenden Gericht zu erfolgen hat, so hat es sich der Eröffnung zu enthalten. Doch soll es der Vereinfachung halber die Anklage nicht abweisen, sondern die Sache durch Vermittelung der Staatsanwaltschaft demjenigen beschliessenden Gericht vorlegen, welches die betreffende funktionelle Zuständigkeit hat, St.P.O. § 207 Satz 2 und Abs. 2. Dieses Gericht hat sich dann der Beschlussfassung so zu unterziehen, wie wenn die Anklage bei ihm direkt erhoben worden wäre, ohne aber dabei genötigt zu sein, die Ansicht, die das erstangegangene Gericht über die Zuständigkeit hatte, ungeprüft hinzunehmen.

Von der Regel, dass das Hauptverfahren vor einem erkennenden Gericht nur durch das dazu gehörige beschliessende Gericht eröffnet werden kann, giebt es aber Ausnahmen:

a) Jedes beschliessende Gericht kann das Hauptverfahren in der Richtung von oben nach unten, d. i. vor einem Gericht niederer Ordnung seines Sprengels, eröffnen, also die Strafkammer vor dem Schöffengericht[13]), das Reichsgericht überhaupt vor jedem anderen Gericht[14]). Diese Bestimmung beruht einmal auf der Erwägung, dass die höhere

---

§ 115. Denn da gültig eröffnet ist, so ist die weitere Beschlussfassung dem beschliessenden Gericht definitiv aus der Hand genommen, Bennecke 506 Anm. 19 gegen Stenglein 4 zu § 209 und oben § 109 II a. E.

[13]) St.P.O. § 207 Satz 1.

[14]) Analogie des § 207 Satz 1; übereinstimmend die H. M., so Löwe 2a; Stenglein 1 zu § 207; John II, 704; Bennecke 500 Anm. 16; R. II, 219.

Zuständigkeit gewissermassen die niedere mit umfasst[15]), anderenteils auf dem Streben nach Vermeidung unnützer Weiterungen[16]).

b) In den sogenannten Überweisungssachen — G.V.G. § 75[17]) — kann seitens der beschliessenden Strafkammer unter den in § 75 G.V.G. bezeichneten Voraussetzungen an Stelle der Eröffnung vor der Strafkammer die „Eröffnung und Überweisung der Verhandlung und Entscheidung an das Schöffengericht" erfolgen. —

Weicht der Eröffnungsbeschluss in irgend einer Hinsicht von der Auffassung der Anklage ab, so bedingt dies nicht etwa eine Nötigung der Staatsanwaltschaft zur Umänderung der Anklage[18]) Dies auch dann nicht, wenn die Staatsanwaltschaft Verhandlung vor dem Schöffengerichte in Aussicht genommen und somit eine Anklage ohne „Ermittelungsergebnis" eingereicht hatte[19]), die Strafkammer aber die Sache vor ein Gericht höherer Ordnung bringt[20]); es braucht hier also ein „Ermittelungsergebnis" nicht nachgebracht zu werden. Wohl aber muss in letzterem Falle gemäss § 199 St.P.O. verfahren, also die auf das Schöffengericht zugeschnittene Anklage zunächst dem Angeschuldigten zur Erklärung mitgeteilt werden[21]).

II. Wo die oben I dargelegten Voraussetzungen eines Eröffnungsbeschlusses vorliegen, da kann sich das Gericht regelmässig der Notwendigkeit, diesen Beschluss zu erlassen, nicht entziehen. Einen Fall giebt es jedoch, der eine Ausnahme darstellt. Wenn nämlich das Vorverfahren mehrere Strafsachen in der Richtung gegen einen und denselben Beschuldigten umfasste, und für die Strafzumessung die Feststellung des einen oder des anderen Straffalles unwesentlich erscheint (z. B. 100 in Realkonkurrenz stehende Betrugsfälle von solcher Schwere, dass zweifellos schon wegen 25 dieser Fälle auf das zulässige Gesamtstrafmaximum nach § 74 Abs. 3 St.G.B. erkannt werden wird), so kann (nicht muss) das Gericht auf Antrag der Staatsanwaltschaft beschliessen, dass das Verfahren in Ansehung jener „unwesentlichen" Straffälle vorläufig eingestellt werde, § 208 St.P.O. Hierdurch werden Zeit und Kräfte gespart.

---

[15]) Oben 94—95.

[16]) Denn ohne diese Bestimmung müsste sich das sich gegenüber der Anklage für unzuständig haltende Gericht (z. B. Anklage lautend auf Raub; Strafkammer fasst die That nur als Diebstahl unter 25 M. auf) auf die Unzuständigkeitserklärung beschränken, worauf dann das Gericht niederer Ordnung seinerseits über die Eröffnungsfrage entscheiden müsste, wobei obenein Kompetenzstreitigkeiten erwachsen könnten.

[17]) Oben S. 77.

[18]) Vgl. John II, 671; Stenglein 2 zu § 204; Bennecke 494, e).

[19]) Oben S. 476.

[20]) Bennecke 494 Anm. 10. A. M. Löwe 6 zu § 207; R. IV, 767.

[21]) Ebenso R. IV, 767; Löwe 6 zu 207 (freilich mit der Modifikation, dass sie eine zuvorige Änderung der Anklageschrift verlangen, vorstehend Anm. 20). Dagegen Bennecke 494 Anm. 10.

Voraussetzung ist hierbei, gemäss dem Anklageformprinzip, dass die Neben-Strafsachen bei Gericht mit rechtshängig geworden sind; war also wegen ihrer nicht ursprünglich von der Staatsanwaltschaft Voruntersuchung beantragt und nach deren Abschluss auf vorläufige Einstellung angetragen worden, so kann der Weg des § 208 St.P.O. nur so ermöglicht werden, dass die Staatsanwaltschaft jetzt *rite* Anklage erhebt und mit dieser den Antrag auf vorläufige Einstellung verbindet oder diesen Antrag der Anklage folgen lässt[22]).

Da aber möglicherweise die Haupt-Strafsache, in der das Hauptverfahren eröffnet worden ist, anders verläuft, als erwartet worden war, sodass sich die Neben-Strafsachen schliesslich doch noch als wesentlich für die Strafzumessung herausstellen, so ist nach § 208 Abs. 2 St.P.O. der Einstellungsbeschluss nachmals aufzuheben (und somit nunmehr das Hauptverfahren zu eröffnen)[23]), wenn die Staatsanwaltschaft binnen drei Monaten nach Rechtskraft des in der Haupt-Strafsache ergangenen Urteils die Aufhebung beantragt[24]), es müsste denn sein, dass sich etwa inzwischen Grund zur definitiven Einstellung ergeben hat, z. B. die That inzwischen verjährt ist. Wenn die dreimonatige Frist verstrichen ist, ohne dass die Staatsanwaltschaft den Antrag auf Aufhebung des Beschlusses gestellt hätte, so verwandelt sich dieser *ipso jure* aus einer laufenden in eine prozesserledigende Entscheidung, aus einer vorläufigen in eine endgültige Einstellung.

## § 115.

### 2. *Einstellungs-, Zwischen- und Nebenbeschlüsse.*

I. Den Gegensatz gegen den Eröffnungsbeschluss bildet der Beschluss auf Einstellung des Verfahrens unter Ablehnung des staatsanwaltschaftlichen Antrages auf Eröffnung, der „Nichteröffnungsbeschluss". Die Einstellung ist auszusprechen, wenn eine Prozessvoraussetzung fehlt, oder der Angeschuldigte aus materiellstraf-

---

[22]) Gl. A. Löwe 2; Puchelt 2; Keller 3 zu § 208; Glaser I, 223; Geyer 655; Ullmann 435; Bennecke 509, 510. Anders John II, 717; Fuchs H. H. II, 40; Voitus, Kontroversen II, 224; Stenglein 3; Voitus 1; Dalcke 1 zu § 208. Der § 208 legt also in das Legalitätsprinzip nur insofern eine Bresche (oben S. 278), als er der Staatsanwaltschaft gestattet, eine abgeschwächte, gar nicht zur gerichtlichen Untersuchung führende Klage zu erheben. Weitergehend die Auffassungen von John und Stenglein a. a. O.; gegen sie Bennecke 510 Anm. 15.

[23]) Unrichtig John II, 746. Gegen ihn Bennecke 511 Anm. 20.

[24]) Der Antrag ist für die Aufhebung unerlässlich, das Gericht kann nicht *ex officio* aufheben; umgekehrt: ist der Antrag rechtzeitig gestellt, so muss das Gericht ihm entsprechen; so Löwe 6; Keller 6 zu § 208; Fuchs H. H. II, 41; a. M. John II, 725; Glaser II, 436; v. Kries 517; Bennecke 511; Stenglein 4 zu § 208.

rechtlichen oder thatsächlichen Gründen nicht „hinreichend verdächtig" erscheint, wenn also nach Auffassung des Gerichts die Staatsanwaltschaft nicht die Anklage erheben, sondern das Verfahren einstellen oder mindestens hätte einstweilen sistieren sollen. St.P.O. § 202.

In dem Beschluss muss ersichtlich gemacht werden, ob er auf thatsächlichen oder auf Rechtsgründen beruht, § 202 St.P.O. Er ist dem Angeschuldigten zuzustellen. § 202 Abs. 3 St.P.O.

Die Einstellung des Verfahrens ist auch da geboten, wo ein nur zeitweiliges Prozesshindernis vorliegt, dessen Behebung in Aussicht steht. Einen Beschluss auf „einstweilige Aussetzung der Untersuchung" im Eröffnungsstadium kennt das Gesetz für die Regel nicht[1]. Faktisch gestaltet sich allerdings die Einstellung wegen eines derzeitigen Prozesshindernisses nur zu einer „einstweiligen", insofern nach Behebung des Hindernisses (z. B. wenn der Beschuldigte aufhört, Exterritorialer zu sein), die Erneuerung des Verfahrens erfolgen kann[2]; erforderlich ist für solche Erneuerung freilich immer eine neue Klage. Auch formell ist jedoch das Gericht nach St.P.O. § 203 dann befugt, eine „vorläufige Einstellung des Verfahrens" auszusprechen, wenn das dem Fortgang des Prozesses entgegentretende Hindernis nur in Abwesenheit des Angeschuldigten oder derzeitiger Geisteskrankheit desselben[3] besteht, im übrigen aber alle Prozessvoraussetzungen, insbesondere der „hinreichende Verdacht", gegeben sind[4]. Das Gericht kann hier zwar auch den Eröffnungsbeschluss fassen, denn Abwesenheit und Geisteskrankheit hindern rechtlich den Prozess nicht, sondern nur die künftige Hauptverhandlung[5]; aber wenn nicht abzusehen ist, wann das Hindernis behoben, die Hauptverhandlung möglich geworden sein wird, so erscheint eine Eröffnung als zwecklos, sie kann deshalb unterbleiben[6].

Selbstverständlich gehört hierher nicht der Fall, dass das Gericht annimmt, der Angeschuldigte sei zur Zeit der That geisteskrank gewesen; solchenfalls erscheint

[1]) Bennecke 511. A. M. Löwe 6 zu § 197. Etwas anderes ist die einstweilige Aussetzung der Beschlussfassung selbst, oben S. 490.

[2]) Oben S. 422 bei Anm. 24.

[3]) Analoge Ausdehnung unstatthaft. Anders Glaser II, 432; Bennecke 508; Löwe 2 zu § 203.

[4]) Die beiden Arten der vorläufigen Einstellung, § 208 St.P.O. (oben § 114 II) und § 203 St.P.O., dürfen mit einander nicht verwechselt werden.

[5]) Bennecke 627 Anm. 2. Vgl. oben S. 284.

[6]) Nicht aber kann das Gericht endgültig einstellen. A. M. Bennecke 508, 509 für den Fall, dass es sicher sei, dass das Hindernis nie wegfallen werde. Aber solche Abschätzungen der Dauer des Hindernisses ergeben nie ein objektives Resultat und können deshalb nicht in Betracht kommen.



die That als nicht strafbar, und es muss aus diesem materiellrechtlichen Grunde definitive Einstellung erfolgen.

Ist im Falle des § 203 St.P.O. das Hemmnis später behoben, so hat das Gericht, ohne erneute Anträge der Staatsanwaltschaft abwarten zu müssen[7]), nunmehr definitiv Beschluss zu fassen, da die vorläufige Einstellung nur eine laufende, keine prozesserledigende Entscheidung ist, somit die Rechtshängigkeit noch fortbesteht.

II. Bisweilen liegt die Sache so, dass das Gericht noch weiteres Material braucht, um sich über Eröffnung oder Einstellung schlüssig zu werden. Solchenfalls ergeht ein Zwischenbeschluss, durch den noch weitere Aufklärung der Sache angeordnet wird, d. h. es wird zunächst

a) Eröffnung einer Voruntersuchung, soweit solche zulässig oder notwendig ist (unten § 117), oder

b) Erhebung einzelner Beweise beschlossen[8]), St.P.O. § 200.

Die Ausführung dieses Beschlusses erfolgt ad a durch den Untersuchungsrichter, ad b durch einen beauftragten oder ersuchten Richter, in Schöffensachen natürlich durch den Amtsrichter selbst. Sodann gehen die Akten wieder dem Gericht zu und dieses hat sich nunmehr über Eröffnung oder Einstellung schlüssig zu machen. Von einer erneuten Antragstellung der Staatsanwaltschaft ist die nunmehrige anderweite Beschlussfassung im Falle b) nicht abhängig. Die Staatsanwaltschaft muss zwar erneut gehört werden[9]), § 33 St.P.O., aber wenn sie sich nicht erklären sollte, so würde dadurch die Beschlussfassung des Gerichts nicht gehindert. Dies ergiebt sich daraus, dass dem Gericht noch nach wie vor die Anklage zur Erledigung vorliegt[10]).

Wie nach durchgeführter Voruntersuchung (Fall a) zu verfahren ist, ist unten dargestellt[11]).

III. Mit dem Eröffnungs- und dem Einstellungsbeschlusse verbinden sich unter Umständen gewisse Nebenbeschlüsse.

1. Mit dem Beschluss über Eröffnung oder Nichteröffnung des Hauptverfahrens muss sich, insoweit das Gericht den in Gemässheit des § 199 gestellten etwaigen Anträgen des Angeschuldigten

---

[7]) Bennecke 509.

[8]) Darin liegt noch keine „Eröffnung der Untersuchung" im Sinne des § 154 St.P.O. Bennecke 469 Anm. 32, 496 Anm. 22; Löwe 1 zu § 154; Stenglein 5 zu § 200.

[9]) Löwe 5; Stenglein 2 zu § 200. A. M. Bennecke 496 Anm. 22.

[10]) Bennecke 496 Anm. 20.

[11]) § 118 II.

nicht stattgiebt, eine ausdrückliche Ablehnung dieser Anträge verbinden, konkludente Ablehnung durch einfache Eröffnung ist unstatthaft[12]).

2. Bei Erlass des Eröffnungsbeschlusses hat das Gericht von Amtswegen zu erwägen, ob Untersuchungshaft eintreten oder fortbestehen soll, § 205 Abs. 2.

Bejahendenfalls ist die betreffende Anordnung *expressis verbis* auszusprechen. Verneinendenfalls kann das Gericht mit Stillschweigen über diesen Punkt hinweggehen[13]). Ist die Haft bereits angeordnet, und schweigt der Eröffnungsbeschluss über die Fortdauer, so läuft die Untersuchungshaft mit Erreichung des ihr gesetzten zeitlichen Maximums[14]) ab[15]), wenn nicht das Gericht schon vorher einen Sonderbeschluss über die Fortdauer der Haft nach erhobener Anklage (§ 126 St.P.O.) gefasst hat.

3. Den Einstellungsbeschluss muss in entsprechender Weise dann, wenn bisher die Untersuchungshaft verhängt war, ein den Haftbefehl aufhebender Beschluss begleiten.

## § 116.

### d) Die Anfechtbarkeit der gerichtlichen Entscheidung.

Die Anfechtbarkeit der vorstehend erwähnten Gerichtsbeschlüsse ist sehr verschieden.

I. Der Eröffnungsbeschluss ist grundsätzlich unanfechtbar, § 209 St.P.O. Nur ergiebt sich für den Angeklagten die Möglichkeit, ihn *implicite* anzufechten, aus dem unten IV 1 Gesagten.

Manche Autoren lassen trotz § 209 St P.O. eine Anfechtung des Eröffnungsbeschlusses dann zu, wenn das Gericht bei der Beschlussfassung seine gesetzlichen Befugnisse überschritten habe, so wenn es das Hauptverfahren wegen eines nicht zum Gegenstande der Klage gemachten Straffalles oder gegen eine von der Staatsanwaltschaft nicht angeschuldigte Person oder gegen eine der Gerichtsbarkeit nicht unterworfene Person eröffnet habe[1]). In der That wird man hier die Beschwerde nicht weigern

---

[12]) Bennecke 495. E. I, 170; R. I, 256.

[13]) Bennecke 498 Anm. 5; Löwe 9 zu § 205. In der Praxis wird des öfteren ausgesprochen: „Die Untersuchungshaft wird nicht angeordnet". Das ist überflüssiges Schreibwerk, wirkt oft anstössig und ist unpraktisch.

[14]) Oben S. 183.

[15]) Vgl. Bennecke 498 Anm. 5; John II, 687; Löwe 9; Stenglein 6 zu § 205.

[1]) So Löwe 3a zu § 209; John II, 739; Lamm, Beschwerde 16; Fuchs, H. H. II, 46; Voitus, Kontroversen I, 275; Dalcke 2 zu § 209; Thilo 2 zu § 206, 7 zu § 209. Dagegen Keller 3; Puchelt 2, 3; v. Schwarze 4—6 zu § 209; Stenglein 3a zu § 209; Glaser II, 446; Ullmann 436; v. Kries 520; Bennecke 505 Anm. 16; Zimmermann G.S. XXXVI, 609.

können[1a]). Es bedarf aber in diesen Fällen der Einlegung des Rechtsmittels nicht, da hier Nichtigkeit des Eröffnungsbeschlusses vorliegt[2]).

Die Staatsanwaltschaft kann den Eröffnungsbeschluss als solchen ebenfalls nicht anfechten[3]). Doch hat sie sofortige Beschwerde über eine Modalität des Beschlusses, nämlich darüber, dass ihrem Antrage entgegen die Sache vor ein Gericht niederer Ordnung „verwiesen" worden ist, § 209 Abs. 2 St.P.O.

Unter „Verweisung" versteht die St.P.O., in den älteren Sprachgebrauch[4]) zurückfallend, die Eröffnung vor einem Gericht. Daher fällt die in dem Eröffnungsbeschluss ausgesprochene Überweisung an das Schöffengericht an sich nicht mit unter § 209 Abs. 2. Allein die Analogie verlangt Erstreckung der staatsanwaltschaftlichen sofortigen Beschwerde auch auf diesen Fall, denn § 209 Abs. 2 will seinem Grundgedanken nach verhüten, dass ein unzuständiges Gericht niederer Ordnung irgendwie zum erkennenden Gericht gemacht wird[5]).

Ausgeschlossen ist die Anfechtung des Eröffnungsbeschlusses durch die Staatsanwaltschaft dagegen dann, wenn die Sache durch den Eröffnungsbeschluss an eben diejenige Gerichtskategorie gebracht ist, an die der Antrag der Staatsanwaltschaft sie gebracht wissen wollte, mag auch der eingeschlagene Weg ein abweichender sein[6]).

Ausgeschlossen ist die staatsanwaltschaftliche Beschwerde auch dann, wenn das Gericht vor einem erkennenden Gericht höherer Ordnung eröffnet hat, z. B. vor dem Schwurgericht, während die Staatsanwaltschaft Eröffnung vor der erkennenden Strafkammer beantragt hatte[7]).

II. Gegen den Beschluss, durch welchen die Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt worden ist, ist der Staatsanwaltschaft — nicht auch dem Angeschuldigten — die sofortige Beschwerde gegeben, St.P.O. § 209 Abs. 2. Diese Bestimmung gilt in erster Linie

---

[1a]) Oben S. 490 bei Anm. 16.
[2]) Oben S. 295.
[3]) Auch nicht, wenn gegen ihren Antrag eröffnet worden war (unten § 118).
[4]) Oben § 114 I im Anfang.
[5]) Doch kann mit dem Rechtsmittel nur die Unzulässigkeit der Überweisung geltend gemacht werden im Hinblick auf § 75 Abs. 2 G.V.G. Im wesentlichen mit dem Text übereinstimmend Kayser 62; John II, 747; Löwe 19 zu § 75 G.V.G.; Keller 16 zu § 75 G.V.G. Dagegen wollen v. Schwarze 13; Thilo 10 zu § 75 G.V.G.; Puchelt 6 zu §§ 346, 347 St.P.O.; Voitus, Kontroversen II, 146; Stenglein 5 zu § 75 G.V.G.; Ullmann 123 Anm. 3; Bennecke 500 die Beschwerde überhaupt nicht gewähren.

[6]) Also z. B. wenn die Staatsanwaltschaft Überweisung an das Schöffengericht beantragt, das Gericht aber das Hauptverfahren vor dem Schöffengericht eröffnet hat, M. VII, 522.

[7]) Ein besonderer Fall dieser Art ist der, dass die Staatsanwaltschaft Überweisung an das Schöffengericht beantragt hatte, die beschliessende Strafkammer aber unter Ablehnung der Überweisung das Hauptverfahren vor der erkennenden Strafkammer eröffnet. Vgl. G.V.G. § 75 Abs. 2.

für den Einstellungsbeschluss nach § 202 St.P.O.[8]). Aber ihr Grundgedanke ist der, dass jeder eine Nichteröffnung in sich schliessende Beschluss anfechtbar sein solle. Sie muss somit auch bezogen werden auf die Fälle der vorläufigen Einstellung nach § 208 St.P.O.[9]) sowohl wie nach § 203[10]).

III. Unanfechtbar sind die Zwischenbeschlüsse aus § 200 St.P.O., daselbst Abs. 2.

IV. 1. Die Nebenbeschlüsse, durch die ein Antrag, den der Angeschuldigte aus § 199 St.P.O. gestellt hatte, abgelehnt wurde, sind anfechtbar nach Massgabe der §§ 199 Abs. 3, 180, 181, d. h.: der Angeschuldigte kann nur einen von ihm geltend gemachten Einwand der örtlichen Unzuständigkeit, sowie einen von ihm gestellten Antrag auf Voruntersuchung im Wege der sofortigen Beschwerde weiter verfolgen. Insoweit er mit dieser sofortigen Beschwerde durchdringt, ist natürlich die Aufhebung des ergangenen Eröffnungsbeschlusses unausweichlich[10a]).

2. Der mit dem Eröffnungs- oder dem Einstellungsbeschluss verbundene Ausspruch über Verhaftung oder Nichtverhaftung ist selbständig anfechtbar gemäss §§ 346 ff., 114 St.P.O.; der § 209 steht nicht entgegen, da der Haftbeschluss kein Teil des Eröffnungsbeschlusses ist[11]).

---

[8]) Und zwar in vollem Umfange, nicht etwa bloss hinsichtlich des „hinreichenden Verdachts". Bennecke 515 Anm. 17; Stenglein 6 zu § 209. A. M. John II, 751; v. Schwarze G.S. XXXVI, 303; Ullmann 437; Löwe 4d zu § 209, insofern sie die Ablehnung wegen Unzuständigkeit mit fristloser Beschwerde anfechten lassen wollen.

[9]) Ebenso Löwe 5; Stenglein 2 zu § 209; v. Schwarze 3 zu § 209 und G.S. XXXVI, 302; Puchelt 3 zu § 209; Birkmeyer 616. Dagegen versagen hier Glaser II, 447; Zimmermann G.S. XXXVI, 614 die Beschwerde ganz, umgekehrt gewähren Bennecke 515; Ullmann 437; Keller 4 zu § 209 die einfache Beschwerde.

[10]) Ebenso Puchelt 3 zu § 209; v. Schwarze 3 zu § 209 und in G.S. XXXVI. 301; Stenglein 2 Anm.**) zu § 209; v. Kries 519; John II, 735; Birkmeyer 616. A. M. Löwe 5 zu § 209; M. V, 133; Keller 4 zu § 209; Zimmermann G.S. XXXVI, 613; Ullmann 437; Bennecke 515, welche einfache Beschwerde geben, und Glaser II, 447, der sich für Unanfechtbarkeit ausspricht.

[10a]) Ebenso Glaser II, 416; v. Kries 507; Ullmann 423; Löwe 12; Stenglein 9; Dalcke 9; Puchelt 5 zu § 199; O.L.G. Dresden, Ann. I, 136. Anders Fuchs H. H. II, 23; v. Schwarze, Erörterungen 98; Keller 13; Mamroth 4d zu § 199, die dieses Ergebnis dadurch umgehen wollen, dass sie in den im Text erwähnten Fällen die Beschlussfassung über die Eröffnung des Hauptverfahrens erst nach Rechtskraft des betreffenden Nebenbeschlusses zulassen wollen.

[11]) Bennecke 505 Anm. 16; Zimmermann G.S. XXXVI, 605; Birkmeyer 616; v. Kries 520; Glaser II, 448 Anm. 9; Löwe 2b; Puchelt 2 zu § 209; Ullmann 437. A. M. v. Schwarze 1 zu § 209; Geyer 658.

## § 117.

### 2. Das Verfahren mit Voruntersuchung.

#### a) Allgemeines.

I. Gewisse Strafsachen durchlaufen vor dem Gerichtsbeschluss über Eröffnung oder Nichteröffnung des Hauptverfahrens noch das Stadium der sogenannten Voruntersuchung.

Mit dem vorbereitenden Verfahren hat die Voruntersuchung den Gegensatz gegen das Hauptverfahren gemeinsam: sie gehört, wie das vorbereitende Verfahren, zum Vorverfahren. Somit bilden die Erhebungen in der Voruntersuchung bestimmungsgemäss nur die Grundlage für die Entscheidung der Frage, ob es zu einem Hauptverfahren kommen solle, nicht die Grundlage für die Aburteilung.

Der markante Unterschied der Voruntersuchung gegenüber dem vorbereitenden Verfahren besteht aber darin, dass die Voruntersuchung bereits eine gerichtliche Untersuchung ist im Sinne des § 151 St.P.O. Daraus ergiebt sich die wichtige Folge, dass gemäss § 151 eine Voruntersuchung nur nach Erhebung der öffentlichen Klage denkbar ist; die Voruntersuchung setzt Rechtshängigkeit voraus. *Ex officio* kann das Gericht keine Voruntersuchung einleiten.

Da die öffentliche Klage aber immer nur gegen eine *persona certa* gerichtet sein kann, so ergiebt sich ein weiterer Unterschied der Voruntersuchung gegenüber dem Ermittelungsverfahren, insofern letzteres sich auch gegen „Unbekannt" richten kann.

In denjenigen Strafsachen, in denen es zu einer Voruntersuchung kommt, braucht das vorbereitende Verfahren natürlich nur soweit ausgedehnt zu werden, als notwendig ist, um der Staatsanwaltschaft die Gewissheit zu geben, dass sie die Klage durch Antrag auf Voruntersuchung anstellen werde[1]). Ist diese Gewissheit von vornherein vorhanden, so kann ein Ermittelungsverfahren sogar ganz wegfallen.

II. Ob eine Voruntersuchung eintritt, oder das blosse Ermittelungsverfahren an ihrer Stelle genügt, hängt nach § 176 St.P.O. von der Schwere der Strafsache ab in folgender Weise:

1. In den zur Zuständigkeit der Schwurgerichte oder des Reichsgerichts gehörenden[2]) Strafsachen ist die vorgängige Führung

[1]) Vgl. Bennecke 453 Anm. 1; Löwe 4; Stenglein 3 zu § 168.

[2]) Einschliesslich derjenigen verbundenen Sachen, für die nur der Zusammenhang nach § 2 St.P.O. die Zuständigkeit begründete, *argum.* § 5 St.P.O. So E. IV, 365; Stenglein 4; Löwe 4 zu § 176; John II, 425; Fuchs H. H. I, 473; Binding Grdr. 188. A. M. Bennecke 482 Anm. 5. Ist die Verbindung erst erfolgt, nachdem in der Sache minderer Ordnung bereits das Hauptverfahren eröffnet war, so kann natürlich nicht nach rückwärts hin eine Voruntersuchung notwendig werden. Vgl. Bennecke 483 Anm. 9.

einer Voruntersuchung Prozessvoraussetzung für den Gerichtsbeschluss über Eröffnung oder Nichteröffnung des Hauptverfahrens.

In diesen Sachen ist die Voruntersuchung „notwendig“, was aber nicht in dem Sinne verstanden werden darf, als ob jede Strafsache dieser Art ohne weiteres zur Voruntersuchung zu bringen sei. Vielmehr kann auch in diesen Sachen die Staatsanwaltschaft eine *a-limine*-Abweisung oder Einstellung auf Grund blossen Ermittelungsverfahrens aussprechen. „Notwendig“ ist die Voruntersuchung nur in dem Sinne, dass das Gericht über Eröffnung oder Nichteröffnung des Hauptverfahrens sich nur nach geführter Voruntersuchung schlüssig machen darf [3]).

In einem Falle kann es zu einem schwur- oder reichsgerichtlichen Hauptverfahren ausnahmsweise ohne vorangegangene Voruntersuchung kommen, dann nämlich, wenn von Hause aus die Klage bei einem Gericht niederer Ordnung anhängig gemacht worden war, und sich erst dort in der Hauptverhandlung die Zuständigkeit des Schwurgerichts oder Reichsgerichts herausgestellt hatte, § 270 St.P.O. [4]).

2. In Strafkammersachen kann durch jedes der drei Prozesssubjekte eine Voruntersuchung herbeigeführt werden, die Voruntersuchung ist hier also „zulässig“. Damit ist aber nicht gesagt, dass die Voruntersuchung hier durchaus nur in das Ermessen des Gerichts gestellt sei, vielmehr ist nach dem treffenden Ausdruck von Bennecke [5]) die Voruntersuchung hier „bedingt notwendig“. Auch in diesen Sachen nämlich muss gerichtlicherseits die Voruntersuchung eröffnet werden, wenn entweder die Staatsanwaltschaft (motiviert oder unmotiviert) oder der Angeschuldigte (dieser unter Geltendmachung „erheblicher Gründe“) darauf anträgt, § 176 [1] u. [2] St.P.O.

Liegt ein Antrag auf Voruntersuchung von Seiten der Parteien nicht vor, so kann gleichwohl das Gericht in diesen Sachen von sich aus die Voruntersuchung anordnen, § 200 St.P.O.

---

[3]) Anderenfalls Anfechtbarkeit des auf dem fehlerhaften Eröffnungsbeschluss beruhenden Urteils bei Vorhandensein der übrigen Rechtsmittelvoraussetzungen. A. M. R. VI, 161.

[4]) Dass in diesem Falle nicht noch eine Voruntersuchung in das Verfahren eingeschoben wird, ist herrschende Meinung. So E. III, 311, V, 243; Binding, Grdr. 188; Stenglein 1; Löwe 3 zu § 176; v. Kries 489; Ullmann 404; Bennecke 482; Süss, Stellung der Parteien, 250. Teilweise a. M. John II, 422. Eine „Voruntersuchung im eigentlichen Sinne ist hier schon deswegen nicht möglich, weil das Stattfinden eines Hauptverfahrens bereits unerschütterlich feststeht.

[5]) 481 Anm. 2.

3. In Schöffen- (und Amts-)gerichtssachen ist die Voruntersuchung unzulässig, insoweit sie nicht mit einer Sache höherer Ordnung verbunden bei einem Gericht höherer Ordnung anhängig gemacht werden.

III. 1. Die normale Art der Herbeiführung einer Voruntersuchung ist die, dass die Staatsanwaltschaft die Klage in Gestalt eines Antrages auf Voruntersuchung erhoben hat, St.P.O. §§ 176—178. Dieser Antrag muss nach § 177 St.P.O. den Thäter und die That bezeichnen, doch empfiehlt sich daneben die Angabe der gesetzlichen Merkmale der That und des Strafgesetzes[6]). Zu richten ist der Antrag an den Untersuchungsrichter. Beifügung der Akten ist hierbei nicht direkt vorgeschrieben, aber üblich und sachgemäss[7]). Ist der Antrag in sich fehlerhaft, nennt er also entweder den Thäter oder die That nicht, so kann daraufhin nichts veranlasst werden[8]), es erfolgt vielmehr einfach Zurücksendung an die Staatsanwaltschaft unter Hinweis auf den Mangel, worin nicht eine Ablehnung der Voruntersuchung zu erblicken ist[9]); diese Zurücksendung geschieht durch den Untersuchungsrichter aus eigener Machtvollkommenheit[10]). Ist der Antrag dagegen an sich ordnungsmässig, so kann der Untersuchungsrichter aus eigener Macht ihn nicht ablehnen. Trägt er Bedenken, so hat er vielmehr die Sache dem beschliessenden Gericht vorzulegen. Auch dieses kann den Antrag auf Voruntersuchung nur aus den in § 178 St.P.O. aufgezählten Gründen ablehnen, nämlich „wegen Unzuständigkeit des Gerichts oder wegen Unzulässigkeit der Strafverfolgung oder der Voruntersuchung, oder weil die in dem Antrage bezeichnete That unter kein Strafgesetz fällt". Diese scheinbare Kasuistik des Gesetzes ist in Wahrheit Ausfluss eines sehr einfachen Gedankens. Da nämlich die Voruntersuchung gerade erst dazu bestimmt ist, das thatsächliche Material zu sammeln, das einen Ausspruch darüber ermöglichen soll, ob der Angeklagte „hinreichend verdächtig" ist, so hiesse es der Voruntersuchung vorgreifen, wollte sich das Gericht schon jetzt hierüber ein Urteil bilden und die Voruntersuchung deshalb ablehnen, weil genügend thatsächliches Material zur Belastung mit hinreichendem

---

6) Löwe 2b zu § 177.

7) Löwe 3; Stenglein 4 zu § 177; John II, 437; Bennecke 461 Anm. 10.

8) Oben S. 295.

9) Bennecke 464. A. M. Löwe 7 zu § 178.

10) John II, 440 Anm. 3; Bennecke 464 Anm. 4; Ortloff G.A. XXX, 267. A. M. Löwe 7 zu § 178.

Verdacht nicht vorhanden sei. Solche Ablehnung ist also unzulässig. Da nun der „hinreichende Verdacht" sämtliche materiellstrafrechtlich erheblichen Umstände umfasst, Rechtswidrigkeit, Schuld, Strafausschliessungsgründe, Strafaufhebungsgründe u. s. w., so ist auch nicht statthaft, dass das Gericht etwa einen Umstand, aus dem sich die Straflosigkeit ergebe, herausgreift (kindliches Alter, Verjährung u. s. w.), und mit Rücksicht darauf die Voruntersuchung ablehnt. Das bisher Ermittelte soll eben nicht, mag es noch so sehr über jeden Zweifel erhaben erscheinen, als Basis dienen[11]). Während also in diesem Sinne aus dem materiellen Strafrecht ein Ablehnungsgrund nicht hergenommen werden kann, weil die massgebende Grundlage für die materiellrechtliche Beurteilung des Falles eben erst durch die Voruntersuchung geschaffen werden soll, versteht es sich von selbst, dass es zu einer Voruntersuchung nicht kommen soll, wenn prozessuale Hindernisse im Wege stehen. Diese können aber zweifacher Art sein: entweder ist gegeben ein allgemeines Prozesshindernis, die ganze Strafverfolgung ist unzulässig, sei es überhaupt (z. B. Fehlen des erforderlichen Strafantrages, *res judicata*), sei es in der angebrachten Art (z. B. Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts); oder aber es fehlt eine besondere Prozessvoraussetzung der Voruntersuchung, d. h. es liegt ein Antrag vor, der gar keine „Strafsache" namhaft macht[12]), oder eine solche Strafsache, in der die Voruntersuchung unzulässig ist.

Der den Antrag auf Voruntersuchung ablehnende Beschluss des Gerichts kann von der Staatsanwaltschaft mit sofortiger Beschwerde angefochten werden, § 181 St.P.O.

Vor der Beschlussfassung kann das Gericht den Angeschuldigten hören, § 178 Abs. 2 St.P.O.

2. Zu einer Voruntersuchung kann es aber auch in der Weise kommen, dass die Staatsanwaltschaft die Klage in Gestalt der Anklage, also mit dem Begehren der Eröffnung des Hauptverfahrens, erhoben hatte, das Gericht aber, sei es auf Antrag des Angeschuldigten, sei es

---

[11]) Deshalb nicht zutreffend Bennecke 484 Anm. 20, wenn er Strafunmündigkeit, Verjährung und dergl. als Voruntersuchungsablehnungsgründe zulässt. Viel zu weit gehend Birkmeyer 602: der Antrag auf Voruntersuchung könne abgelehnt werden, wenn eine gerichtlich strafbare und verfolgbare Handlung nicht gegeben sei. Ob eine strafbare Handlung vorliegt, soll ja gerade erst durch die Voruntersuchung aufgeklärt werden.

[12]) Z. B. es wird Voruntersuchung beantragt „wegen *furtum usus*" oder „wegen Nichterfüllung der Zeugnispflicht". Wohlgemerkt kommt es hierbei lediglich auf das an, was der Antrag nennt. Wäre Voruntersuchung „wegen Diebstahls" beantragt, so könnte Ablehnung nicht mit der Begründung erfolgen, dass es sich um ein *furtum usus* handle.



*ex officio*, Eröffnung der Voruntersuchung angeordnet hat, St.P.O. § 200[13]).

IV. Die Eröffnung der Voruntersuchung erfolgt in allen Fällen durch den Untersuchungsrichter, St.P.O. § 182[14]), in Form einer ausdrücklichen schriftlichen Eröffnungsverfügung[15]). Doch geht dieser Eröffnung unter Umständen die präliminäre Anordnung des „Gerichts" (im Sinne von beschliessendem Gerichtskollegium), dass Voruntersuchung eröffnet werden solle, voraus[16]). Dies nämlich einmal dann, wenn der Untersuchungsrichter Bedenken getragen hatte, dem staatsanwaltschaftlichen Antrage gemäss die Voruntersuchung zu eröffnen, und deshalb die Akten dem Gericht vorgelegt hatte; sodann in den Fällen (oben III 2), in denen die Staatsanwaltschaft bereits die Anklage erhoben hatte, aber das Gericht auf Antrag oder *ex officio* die Voruntersuchung angeordnet hatte.

Gegen die Eröffnung, wenn sie auf staatsanwaltschaftlichen Antrag erfolgt war, steht dem Angeschuldigten der „Einwand" zu, § 179 St.P.O.[17]), der unbefristet und an keine Form gebunden ist, aber sich nur gegen die Rechtmässigkeit der Voruntersuchungseröffnung in dem oben III 1 entwickelten Sinne richten kann. Die Entscheidung über den Einwand steht bei dem beschliessenden Gericht (Gerichtskollegium).

Gegen die Verwerfung des Einwandes ist ein weiterer Rechtsbehelf nicht gegeben; ausgenommen ist nur der Einwand der Unzuständigkeit, der gegenüber dem ihn verwerfenden Gerichtsbeschluss mit sofortiger Beschwerde weiter verfolgt werden kann, § 180 St.P.O.

Unstatthaft ist der Einwand gegen die Eröffnung dann, wenn die Voruntersuchung infolge Gerichtsbeschlusses eröffnet worden ist, und diesem Beschlusse eine Anhörung des Angeschuldigten vorangegangen war.

Gegen den die Voruntersuchung anordnenden Gerichts-

---

[13]) Oben § 115 II a).

[14]) Wer Untersuchungsrichter ist, darüber s. § 60 G.V.G., § 184 St.P.O. und oben 66, 69. Der reichsgerichtliche Untersuchungsrichter hat, auch wenn er nicht Mitglied des Reichsgerichts ist — St.P.O. § 184 Abs. 2 —, dennoch in dieser Funktion die gleiche Stellung, wie wenn er es wäre, natürlich nur sachlich, nicht in seinem persönlichen Verhältnis. John II, 482; Bennecke 471 Anm. 9.

[15]) Löwe 1 zu § 182; John II, 463; Glaser II, 389 Anm. 15. A. M. Fuchs H. H. I, 477, der die konkludente Eröffnung genügen lässt; Stenglein 9 zu § 178, der einen „Beschluss" des Untersuchungsrichters verlangt (entgegen den §§ 179, 190 St.P.O., die ausdrücklich von einer „Verfügung" sprechen, vgl. auch oben S. 419).

[16]) Nicht etwa eröffnet hier das Gericht selbst direkt. Zutreffend Bennecke 469 Anm. 32, 483; Löwe 8 zu § 178; Birkmeyer 601. Deshalb bedeutet die „Anordnung" des Gerichts, dass Voruntersuchung stattfinden solle, auch noch nicht die „Eröffnung der gerichtlichen Untersuchung" im Sinne des § 154. Bennecke 469 Anm. 32, 483. A. M. John II, 85.

[17]) Vgl. dazu Protokolle 918—921, 1121—1123; John II, 447; Bennecke 487.

beschluss giebt es eine Anfechtung nur insoweit, als es sich um Unzuständigkeit des Gerichts handelt, §§ 180, 200 St.P.O.[18]).

V. Die Führung der Voruntersuchung liegt in der Regel in der Hand des Untersuchungsrichters[19]), St.P.O. §§ 182, 188, G.V.G. § 60. Ausnahmsweise kann die landgerichtliche Untersuchungsführung jedoch einem Amtsrichter übertragen werden § 183 St.P.O., sodass dieser alsdann in die Funktion als Untersuchungsrichter succediert[20]), demgemäss auch den landgerichtlichen Sprengel überkommt[21]). Diese Bestimmung hat den Zweck, die Führung der Voruntersuchung zu erleichtern, zu verbilligen und zu beschleunigen, besonders in den Fällen, in denen die zu vernehmenden Personen alle oder überwiegend dem amtsgerichtlichen Sitze näher sind als dem landgerichtlichen. Sie findet desshalb keine Anwendung auf Amtsrichter, die mit dem Untersuchungsrichter denselben Amtssitz haben, St.P.O. § 183 Satz 3. Übertragen werden kann nun augenscheinlich nur eine schon eröffnete Voruntersuchung. Diese Eröffnung kann aber weder vom Gericht ausgegangen sein, denn diesem ist im Gesetz dazu keine Kompetenz gegeben, noch vom Amtsrichter, dessen Kompetenz erst mit der Übertragung beginnt. Somit muss auch in den Übertragungsfällen, wie immer, der Untersuchungsrichter um Eröffnung angegangen werden, worauf dann die Akten dem Gericht zugehen, das nunmehr die Übertragung beschliesst[22]). Es werden also nach einander thätig: der Untersuchungsrichter (Eröffnung), die Strafkammer (Übertragung), der Amtsrichter (Führung). Voraussetzung für die Übertragung ist, dass die Staatsanwaltschaft einen dahingehenden Antrag gestellt hatte.

---

[18]) Auch die Staatsanwaltschaft hat nur in diesem Umfange die Möglichkeit der Anfechtung, Bennecke 487 Anm. 9; John II, 455; Stenglein 6 zu § 180. A. M. Fuchs, H. H. II, 22.

[19]) Der Untersuchungsrichter ist nicht als blosser Beauftragter oder Vertreter des Gerichts, diesem subordiniert, zu denken, sondern als selbständiges Gerichtsorgan mit unübertragbarer Kompetenz; die anderen Gerichtsorgane — die beschliessende Strafkammer, der beschliessende Reichsgerichtssenat — greifen nur in den vom Gesetz ausdrücklich bestimmten Fällen ein. So richtig Bennecke 437 Anm. 10, 470 gegen Stenglein Lehrbuch 296. S. auch John II, 462; Löwe 3c zu Buch 2 Abschn. 3.

[20]) Er ist nicht blosser Vertreter des Untersuchungsrichters, Stenglein 6, Löwe 9 zu § 183; Bennecke 471 Anm. 11.

[21]) Bennecke 471 Anm. 12.

[22]) Löwe 2 zu § 183; Ullmann 409; Seeger G.S. XXXIII, 241; Birkmeyer 603 Anm. K. 21. A. M. Bennecke 471, 472 Anm. 13; Glaser II, 393; Stenglein 2; Keller 1; Puchelt 1; Thilo 1 zu § 183; v. Kries 493; Ortloff Strafrechts-Z. II, 512; Voitus Kontroversen II, 237; John II, 469, 471.

## § 118.

## b) Der Gang der Voruntersuchung im einzelnen und das darauf folgende Verfahren.

I. Der Untersuchungsrichter hat prinzipiell selbst die erforderlichen Prozessakte vorzunehmen [1]), soweit seine Gerichtsgewalt reicht. Indessen ist er auch nicht gehindert, um Vornahme einzelner Handlungen im Wege der Rechtshülfe [2]) die Amtsrichter zu ersuchen, St.P.O. §§ 183 Satz 2, 184 Abs. 3. Ferner ordnet der § 187 dem Untersuchungsrichter die Behörden und Beamten des Polizei- und Sicherheitsdienstes als Gehülfen zu; ob deren Hülfe als Rechtshülfe aufzufassen, oder der Untersuchungsrichter diesen Behörden und Beamten vorgesetzt ist, bemisst sich nach Landesrecht [3]).

Die Grenzen der forschenden Thätigkeit des Untersuchungsrichters ergeben sich in intensiver Hinsicht aus dem Charakter der Voruntersuchung als blossen Vorverfahrens: sie ist nicht — wie die gemeinrechtliche Inquisition — so einzurichten, dass daraufhin das Urteil gesprochen werden könnte, sondern nur soweit auszudehnen, als notwendig ist, um Klarheit über Eröffnung oder Nichteröffnung des Hauptverfahrens zu schaffen, St.P.O. § 188. Daneben sind nur noch die etwa erforderlichen Beweissicherungsakte vorzunehmen, sowie solche Beweise zu erheben, deren Aufnahme zur Vorbereitung der Verteidigung des Angeschuldigten erforderlich erscheint, § 188 Abs. 2.

Welche Handlungen der Untersuchungsrichter im einzelnen vornimmt, ist durch die Sachlage gegeben. Nur muss er immer den Angeschuldigten vernehmen oder durch einen ersuchten Richter (nicht durch die Polizei [4])) vernehmen lassen § 190 St.P.O.

Die Folgen des Nichterscheinens auf Ladung sind für den Angeschuldigten dieselben, wie im Ermittelungsverfahren [5]).

Ist ein umfängliches Ermittelungsverfahren vorangegangen, so wird unter Umständen die Voruntersuchung sehr kurz ausfallen; eine Wiederholung der dort vorgenommenen Akte ist nicht unbedingt erforderlich [6]).

In extensiver Hinsicht sind dem Untersuchungsrichter die Grenzen durch die Klage gezogen, § 153 St.P.O.: er darf nur auf die rechtshängig gemachte Strafsache bezügliche Handlungen vor-

---

[1]) Anders als die Staatsanwaltschaft im Ermittelungsverfahren, oben § 110 S. 469.
[2]) Bennecke 472 Anm. 15. Anders teilweise John II, 479.
[3]) Löwe 2 zu § 187.
[4]) Bennecke 478 Anm. 26.
[5]) Oben S. 473.
[6]) Löwe 7 zu § 188, Bennecke 479 Anm. 32.

nehmen, also nicht gegen einen anderen Beschuldigten oder wegen einer anderen That prozedieren. Ergiebt sich im Laufe der Voruntersuchung Anlass zur Ausdehnung der Voruntersuchung, so hat der Untersuchungsrichter die Staatsanwaltschaft davon in Kenntnis zu setzen und die ausdehnende Klage abzuwarten. Nur in dringenden Fällen hat er etwa erforderliche Ermittelungshandlungen von Amtswegen vorzunehmen, § 189 St.P.O.; insofern handelt er aber nicht *qua* Untersuchungsrichter, sondern *qua* Stellvertreter des Ermittelungsrichters[6a]); das in Überschreitung der Rechtshängigkeit gesammelte Material steht ausschliesslich zur staatsanwaltschaftlichen Verfügung, eine „Eröffnung der Untersuchung" im Sinne des § 154 liegt in dieser sogenannten „Ausdehnung der Voruntersuchung" nicht[7]).

Die Zuziehung eines Gerichtsschreibers ist vorgeschrieben bei der Vernehmung des Angeschuldigten, der Zeugen und Sachverständigen, sowie bei der Einnahme eines Augenscheines, § 185 St.P.O. Als Gerichtsschreiber kann hierbei in dringenden Fällen eine *ad hoc* vereidigte Person fungieren, § 185 Satz 2. Über jede richterliche Untersuchungshandlung ist ein Protokoll nach näherer Massgabe des § 186 St.P.O. aufzunehmen.

Volksöffentlich ist die Voruntersuchung so wenig, wie das Ermittelungsverfahren.

Parteiöffentlich sind einmal alle Augenscheinseinnahmen, sodann die Vernehmung solcher Zeugen und Sachverständigen, die voraussichtlich am Erscheinen in der Hauptverhandlung verhindert sein werden, oder deren Erscheinen wegen grosser Entfernung besonders erschwert sein wird, § 191 St.P.O. Die Parteiöffentlichkeit ist hier deswegen gewährt, weil diese Beweisakte ausnahmsweise Verwertung in der Hauptverhandlung finden können (§ 250 St.P.O.). Ein Recht auf Anwesenheit bei diesen Akten haben die Staatsanwaltschaft und der Angeschuldigte für sich und seinen Verteidiger[8]); das Recht des Angeschuldigten auf eigene Anwesenheit beschränkt sich jedoch, wenn er sich nicht auf freiem Fusse befindet, auf Termine, die an der Gerichtsstelle des Haftortes abgehalten werden; überdies kann dem Angeschuldigten die Anwesenheit versagt werden, wenn voraussichtlich in seiner Gegenwart ein Zeuge die Wahrheit nicht sagen

---

[6a]) Oben S. 472.

[7]) Bennecke 480—481.

[8]) Es handelt sich auch bezüglich des Verteidigers um ein Recht des Angeschuldigten, sodass dessen Verzicht die Nichtzuziehung des Verteidigers rechtfertigt. So das Reichsgericht, vgl. Löwe 6 und 7 zu § 250. Bennecke 207 Anm. 23 verhält sich zweifelnd.

würde, St.P.O. § 192. Dem parteiöffentlichen Termin muss, soweit dies ohne Aufenthalt für die Sache geschehen kann, eine Benachrichtigung der Parteien und des Verteidigers vorangehen. Ist die Partei verhindert, zu erscheinen, so ergiebt dieser Umstand gleichwohl für sie kein Recht auf Terminsverlegung. Ein Mitwirkungs- und insbesondere Fragerecht im Termin ist den Parteien nicht gegeben[9]).

Die Staatsanwaltschaft hat jederzeit ein Recht auf Akteneinsicht, § 194 St.P.O.

II. Erachtet der Untersuchungsrichter den Zweck der Voruntersuchung für erreicht, so schliesst er — ausdrücklich oder konkludent[10]) — die Voruntersuchung, benachrichtigt den Angeschuldigen vom Schluss der letzteren[11]), § 195 Abs. 3 St.P.O., und übersendet der Staatsanwaltschaft die Akten, St.P.O. § 195.

Nach geführter Voruntersuchung liegt gemäss § 154 St.P.O.[12]) die weitere Entscheidung im Gegensatz zu der auf das blosse Ermittelungsverfahren hin erfolgenden Entscheidung[13]) stets[14]) beim Gericht: die Staatsanwaltschaft erhält, wie § 195 St.P.O. verfügt, die Akten lediglich „zur Stellung ihrer Anträge“ bei Gericht. Freilich kann das Gericht ohne diese Anträge den Prozess nicht fortsetzen; würde also die Staatsanwaltschaft pflichtwidrig die Sache liegen lassen, so stockte das Verfahren, ohne dass das Gericht ein Mittel hätte, die Antragstellung zu erzwingen[15]). Jedenfalls aber kann die Staatsanwaltschaft das Verfahren

---

[9]) Stenglein 4; Thilo 7; Löwe 3 zu § 191; Bennecke 476, 206 Anm. 19; Geyer 439; Keller 15; Puchelt 3 zu § 191. A. M. John II, 507; Glaser I, 380; Fuchs, H. H. I, 482; Süss, Stellung der Parteien 259; Voitus, Kontroversen II, 110; v. Kries 376; Dalcke 3 zu § 191.

[10]) Bennecke 488 Anm. 11; Stenglein 1, 2 zu § 195; John II, 537 (der freilich eigentümlicherweise die Schliessung der Voruntersuchung überhaupt nicht als Sache des Untersuchungsrichters ansieht, sondern den Schluss der Voruntersuchung als *ipso-jure*-Folge an den staatsanwaltschaftlichen Antrag, betreffend die Eröffnung des Hauptverfahrens, knüpfen will. Gegen ihn zutreffend Bennecke 488 Anm. 12. Dagegen Löwe 2 zu § 195; Puchelt 4 zu § 195; Glaser II, 402, die ausdrückliche Schliessungsverfügung verlangen, was freilich empfehlenswert sein wird.

[11]) A. M. John II, 534, entsprechend seiner in Anm. 10 angeführten Grundauffassung. S. gegen ihn Bennecke 490 Anm. 19.

[12]) Oben S. 243.

[13]) Oben §§ 111 ff.

[14]) Auch wenn die Voruntersuchung nicht auf staatsanwaltschaftlichem Antrag beruhte. A. M. John II, 90, 645. Gegen ihn zutreffend Bennecke 489 Anm. 13; Stenglein G.S. XLI, 81; v. Kries 499; Glaser II, 421.

[15]) Stenglein 6 zu § 195; Bennecke 489. Anders Löwe 4 zu § 195, der eine gerichtliche Kontrolle über die weitere staatsanwaltschaftliche Thätigkeit entgegen dem § 151 G.V.G. zulassen will.

nicht mehr einstellen, sie hat nach geführter Voruntersuchung nur die Wahl, ob sie — abgesehen von dem Antrag auf Ergänzung der Voruntersuchung (§ 195 Abs. 2 St.P.O.)[16] — Anklage[17] erheben oder bei Gericht die Nichteröffnung des Hauptverfahrens beantragen will, und zwar bei demjenigen Gericht, bei dessen Untersuchungsrichter die Voruntersuchung anhängig war. Welchen der beiden Wege die Staatsanwaltschaft wählt, steht bei ihr. Ihr sind namentlich auch in dem Falle die Hände nicht gebunden, wenn sie schon die Anklage erhoben hatte, und die Voruntersuchung gegen ihren Willen angeordnet worden war: auch in diesem Falle kann sie die Einstellung des Verfahrens beantragen, also die Anklage fallen lassen[18]. Hält sie dagegen die Sachlage nach geführter Voruntersuchung für unverändert, so wird sie lediglich auf die Anklage von damals Bezug nehmen; einer neuen Anklageschrift bedarf es nicht[19]. Wohl aber wird eine solche notwendig, wenn die Staatsanwaltschaft bei der Anklage an sich verharrt, aber mit notwendig gewordenen Änderungen.

III. Die Wirkung dieser zwei verschiedenen staatsanwaltschaftlichen Anträge ist die gleiche: das Gericht hat sich daraufhin, gleichviel ob der staatsanwaltschaftliche Antrag positiv oder negativ lautete, über die Eröffnung oder Nichteröffnung des Hauptverfahrens schlüssig zu machen[20]. Das geschieht in derselben Weise, wie nach der ohne Voruntersuchung erhobenen Anklage[21], mit folgenden Modifikationen:

1. Die Aufforderung zur Erklärung, die auf die Anklage hin an den Angeschuldigten gemäss § 199 St.P.O. ergeht, muss dem Umstande Rechnung tragen, dass eine Voruntersuchung schon stattgefunden hat; sie ist also entsprechend zu beschränken, § 199 Abs. 2 St.P.O.

---

[16]) Einzelheiten s. bei Bennecke 490.

[17]) Da die „Klage" schon durch den Antrag auf Voruntersuchung erhoben ist, so fällt in diesem Falle die „Anklage" nicht unter den Begriff der „Klage". Es giebt somit Anklagen, die nicht Klagen sind, und Klagen, die nicht Anklagen sind.

[18]) Das bedeutet natürlich nicht ein Fallenlassen der Klage, was ja nach St.P.O. § 154 unzulässig wäre.

[19]) So Stenglein 2 zu § 200. Dagegen Bennecke 497 Anm. 24.

[20]) Das Gericht kann also auch auf den staatsanwaltschaftlichen Einstellungsantrag hin das Hauptverfahren eröffnen, § 206 St.P.O. Das hat den Fehler, dass hier dem Angeschuldigten die Möglichkeit verloren geht, durch Anträge *ex* § 199 St.P.O. die Eröffnung abzuwenden, denn die nachträgliche Zustellung der Anklageschrift ermöglicht ihm nur — unten Ziffer 4 —, die Vornahme einzelner Beweiserhebungen vor der Hauptverhandlung zu beantragen. — Beachtenswert Ortloff, G.A. XXXV, 466.

[21]) Oben §§ 113—116. Besonders praktisch wird hier der § 207 Satz 1 St.P.O. (oben S. 493, a) werden; z. B. Führung der Voruntersuchung wegen Mordes, Anklage und Eröffnung des Hauptverfahrens wegen unbefugten Schiessens: hier eröffnet die Strafkammer das Hauptverfahren vor dem Schöffengericht.

2. Die Einstellung des Verfahrens heisst hier technisch „Ausserverfolgungsetzung des Angeschuldigten“, St.P.O. § 202 Abs. 2. Die Anfechtbarkeit ist dieselbe wie bei der Einstellung nach blossem Ermittelungsverfahren, St.P.O. § 209 Abs. 2 [22]).

3. Statt [23]) der oben § 115 II a und b erwähnten Zwischenbeschlüsse ergeht Beschluss auf „Ergänzung der Voruntersuchung“, worauf der Untersuchungsrichter wieder in Funktion zu treten hat [24]).

Nach Ergänzung der Voruntersuchung wird ebenso verfahren, wie nach Erhebung einzelner Beweismittel in dem voruntersuchungslosen Verfahren [25]); das besagt namentlich, dass ein erneuter Antrag der Staatsanwaltschaft nicht abgewartet werden muss.

4. Beschliesst das Gericht entgegen dem staatsanwaltschaftlichen Antrage auf Ausserverfolgungsetzung die Eröffnung des Hauptverfahrens, so ist nachträglich von der Staatsanwaltschaft eine Anklageschrift einzureichen, St.P.O. § 206. Diese muss dem Eröffnungsbeschluss konform sein. Sie wird wie im Normalfalle dem Angeschuldigten zugestellt nach § 199 St.P.O., nur kann, da das Hauptverfahren bereits eröffnet ist, die Aufforderung an den Angeschuldigten — jetzt schon „Angeklagten“ — nur dahin ergehen, sich zu erklären, ob er die Erhebung einzelner Beweise vor der Hauptverhandlung beantrage [26]).

## II. Das Hauptverfahren.

### 1. Das Hauptverfahren erster Instanz.

### § 119.

### a) Die Vorbereitung der Hauptverhandlung.

Der Schwerpunkt des Hauptverfahrens liegt bei der Hauptverhandlung. Identisch sind aber Hauptverfahren und Hauptverhandlung nicht. An den Eröffnungsbeschluss kann sich eine Hauptverhandlung schon deshalb nicht *in continuo* anschliessen, weil bei der Fassung des Eröffnungsbeschlusses weder das erkennende Gericht, noch die

[22]) Der Staatsanwaltschaft muss die sofortige Beschwerde auch dann eingeräumt werden, wenn sie selbst die Ausserverfolgungsetzung beantragt hatte. Löwe 4b zu § 209. Der hiergegen gerichteten Wortinterpretation von Bennecke 515 Anm. 17 kann nicht beigetreten werden.

[23]) Vielfach wird angenommen, dass auch nach geführter Voruntersuchung die Anordnung „einzelner Beweiserhebungen“ (oben § 115 II b) erfolgen könne. Dem widerspricht deutlich der Wortlaut des § 200 St.P.O.

[24]) Die Ergänzung der Voruntersuchung kann nicht einem ersuchten oder beauftragten Richter übertragen werden. Bennecke 496 Anm. 22. A. M. Löwe 3 zu § 200. Wohl aber kann der Untersuchungsrichter selbst — vgl. oben I im Anfang — den Weg des Rechtshülfeersuchens beschreiten.

[25]) Oben S. 497.

[26]) Bennecke 499 Anm. 9; Glaser II, 440; Löwe 4; Stenglein 2 zu § 206.

Parteien und Beweismittel zur Stelle sind. Zwischen den Eröffnungsbeschluss und die Hauptverhandlung legt sich also ein (zum Hauptverfahren gehöriger) Zeitraum, der zur Vorbereitung der Hauptverhandlung benutzt wird[1]).

I. Diese Vorbereitung der Hauptverhandlung liegt zunächst dem Vorsitzenden des erkennenden Gerichts ob. Er hat vor allem den Hauptverhandlungstermin zu bestimmen[2]), eventuell ihn wieder aufzuheben und einen neuen anzusetzen. Er ordnet, insoweit nicht die Staatsanwaltschaft spontan die Beweismittel herbeischafft[3]), an, welche Beweismittel herbeigeschafft werden sollen, sei es von Amtswegen, St.P.O. § 220, sei es auf Antrag des Angeklagten, St.P.O. § 218.

II. 1. Die Herbeischaffung der erforderlichen Personen und Sachen liegt grundsätzlich in der Hand der Staatsanwaltschaft[4]). Sie hat die erforderlichen[5]) Augenscheinsobjekte und Urkunden bereit zu stellen, sowie den Angeklagten[6]), den Verteidiger, die Zeugen und Sachverständigen zu laden.

a) Für die Ladung des Angeklagten ist Schriftform vorgeschrieben[7]), St.P.O. § 215. Sie muss ferner, wenn sich der Angeklagte auf freiem Fusse befindet, die Warnung enthalten, dass er im Falle unentschuldigten Ausbleibens werde verhaftet oder zwangsweise vorgeführt werden, § 215. Insoweit es sich um Strafsachen handelt, in denen bei Ausbleiben des Angeklagten zur Hauptverhandlung geschritten werden kann, kann der Hinweis auf Verhaftung und Vorführung in

---

[1]) Birkmeyer 619 und Andere nennen dieses Stadium „Zwischenverfahren“. Diese Bezeichnung wird aber besser auf das Stadium zwischen Anklage und Eröffnung des Hauptverfahrens (oben § 113 II) bezogen.

[2]) Zu beachten ist, dass gegen Personen des Beurlaubtenstandes und ihnen nach Reichsgesetz vom 11. II. 1888 §§ 26, 30 Gleichgestellte, während sie zu einer Dienstleistung eingezogen sind, eine Hauptverhandlung nur dann abgehalten werden darf, wenn der Angeklagte von der Verpflichtung zum Erscheinen entbunden ist, M.St.G.O. vom 1. Dezember 1898, § 9 Abs. 1 Satz 2.

[3]) Vgl. nachstehend.

[4]) Oben S. 436.

[5]) Sowohl die nach ihrer Auffassung erforderlichen, wie auch diejenigen, deren Herbeischaffung der Vorsitzende angeordnet hat, St.P.O. § 220.

[6]) Insoweit der Angeklagte geradezu ein Recht hat, der Hauptverhandlung fernzubleiben (nämlich insoweit er durch Gerichtsbeschluss vom Erscheinen entbunden ist, § 232 St.P.O., unten § 120 II 3 $\gamma$), ist freilich eine eigentliche „Ladung“ nicht am Platze; da aber immerhin dem Angeklagten auch solchenfalls nicht verwehrt ist, zu erscheinen, so muss ihm an Stelle der Ladung eine Mitteilung vom Termine zugehen. Frank Z. XIV, 423, auch Löwe 8 a. E. zu § 232. A. M. John III, 35; R. IV, 230; E. XXI, 100, Bennecke 518 Anm. 12.

[7]) Vgl. oben S. 437.

der Ladung fehlen, jedenfalls muss diese aber dann den Hinweis auf die Zulässigkeit der Absenzverhandlung enthalten, §§ 231, 215 Satz 2 St.P.O. An den nicht auf freiem Fusse befindlichen Angeklagten ergeht die Ladung so, dass er bei der Zustellung befragt wird, ob und welche Anträge er in Bezug auf seine Verteidigung für die Hauptverhandlung zu stellen habe, § 215 Abs. 2 St.P.O.

Spätestens mit der Ladung gleichzeitig ist dem Angeklagten der Eröffnungsbeschluss zuzustellen, St.P.O. § 214.

Bei der Ladung ist eine Zwischenfrist von einer Woche zwischen der Zustellung und dem Tage der Hauptverhandlung einzuhalten, St.P.O. § 216. Nichteinhaltung vereitelt den Termin aber nur, wenn der Angeklagte vor Beginn der Verlesung des Eröffnungsbeschlusses in der Hauptverhandlung deren Aussetzung ausdrücklich verlangt, § 216 Abs. 2; auf die Befugnis, Aussetzung zu verlangen, soll der Angeklagte in der Hauptverhandlung durch den Vorsitzenden hingewiesen werden, St.P.O. § 227 Abs. 3.

Ist der Angeklagte in Haft, so hat die Staatsanwaltschaft für seine Vorführung zu sorgen.

b) Der Verteidiger ist stets zu laden, wenn er „bestellter Verteidiger" ist; der Wahlverteidiger ist zu laden, wenn seine Wahl dem Gericht angezeigt worden ist, St.P.O. § 217, vorausgesetzt, dass die Anzeige nicht so spät erfolgte, dass eine Ladung nicht mehr geschehen konnte[8]).

c) Ob und eventuell welche Zeugen und Sachverständigen die Staatsanwaltschaft laden will, hängt zunächst von ihrem Ermessen ab. Es kann jedoch auch der Vorsitzende anordnen, dass die Staatsanwaltschaft noch weitere Zeugen oder Sachverständige lade, § 220 St.P.O.

Werden persönliche Beweismittel geladen, die dem Angeklagten noch nicht vermittelst der Anklageschrift[9]) benannt sind, so ist eine entsprechende Zeugen- bezw. Sachverständigenliste dem Angeklagten rechtzeitig mitzuteilen, § 221 Abs. 2 St.P.O., widrigenfalls § 245 Abs. 2—4 Platz greifen.

---

[8]) R. III, 472, 516; Bennecke 208 Anm. 3.

[9]) Das Gesetz spricht ungenau von den „in der" Anklageschrift Benannten. Man darf diese Wendung aber nicht pressen, sonst blieben dem Geiste des Gesetzes zuwider die Anklagezeugen in Schöffensachen dem Angeklagten unbekannt, da ihm die Anklageschrift in diesen Sachen nicht mitgeteilt wird, § 199 Abs. 4 St.P.O. *In praxi* wird bei den schöffengerichtlichen Sachen wohl gewöhnlich dem § 221 Abs. 2 in der Weise Rechnung getragen, dass mit dem Eröffnungsbeschluss zusammen die ganze Anklageschrift (nicht bloss die darin enthaltene Zeugen- und Sachverständigenliste) zugestellt wird, was nicht unzulässig ist.

2. Zeugen und Sachverständige im Wege der unmittelbaren Ladung zu laden ist aber auch der Angeklagte berechtigt[10]); von der Ladung hat er die Staatsanwaltschaft rechtzeitig in Kenntnis zu setzen, St.P.O. § 221, dazu § 245 Abs. 2—4.

III. Als besonders wichtigen Vorbereitungsakt kannten frühere Rechte die Anfertigung eines schriftlichen Referats und eines ebensolchen Votums durch den dazu ernannten Berichterstatter[11]). Die St.P.O. erwähnt Referat und Votum nicht, und es ist ein fast allgemein angenommenes Dogma, dass das Mündlichkeitsprinzip und das Unmittelbarkeitsprinzip solche Vorbereitung der Hauptverhandlung verböten. Zutreffend ist dieses Dogma freilich nicht[12]).

IV. In das Stadium der Vorbereitung der Hauptverhandlung fällt auch die sogenannte „kommissarische" oder „stellvertretende" Beweiserhebung, St.P.O. §§ 222—224, 232 Abs. 2, häufig als „Vorwegnahme eines Teils der Hauptverhandlung" bezeichnet. Zwar ist prinzipiell in diesem Stadium für Beweiserhebungen kein Raum, denn nach dem Grundsatz der Unmittelbarkeit ist das Beweisgebäude eben erst in der Hauptverhandlung selbst aufzuführen. Ausnahmsweise gestattet die St.P.O. aber, gewisse Beweiserhebungen, die in der Hauptverhandlung vorzunehmen schwierig oder unmöglich wäre, schon jetzt vorzunehmen mit der Wirkung, dass in der Hauptverhandlung alsdann lediglich Urkundenbeweis über die kommissarische Beweiserhebung erfolgt.

Zur kommissarischen Beweisaufnahme bedarf es eines Beschlusses des erkennenden Gerichts[13]), der Vorsitzende allein ist dazu nicht in der Lage. Zu diesem Beschluss kann jede der Parteien den Anstoss

---

[10]) Oben S. 436.

[11]) Vergl. Schwarze, Anleitung zum Referieren in Strafsachen 1864.

[12]) Der Hinweis darauf, dass doch erst die Hauptverhandlung die Grundlage für das Urteil bringe, beweist nichts, denn selbstverständlich werden Referat und Votum nur bedingt abgegeben, nämlich für den Fall, dass die Hauptverhandlung dasselbe Bild ergiebt, wie die Akten. Das ist im Civilprozess auch nicht anders, und doch wird dort wenigstens *in praxi* ohne Bedenken referiert und votiert. Die angebliche Gefahr, dass etwaige Abweichungen, die die Hauptverhandlung gegenüber den Akten erbringt, unbemerkt bleiben, und das Urteil sich infolge des vorherigen Votums schliesslich dem Mündlichkeits- und dem Unmittelbarkeitsprinzip zum Trotz doch auf den Akten aufbauen könne, würde nur bestehen bei sehr unaufmerksamen Richtern. Gerade die schriftliche Vorbereitung schärft zudem den Blick für etwaige Abweichungen, die der Referent alsbald in seinem Referat notieren wird. In einer ähnlichen Lage befindet sich ja auch der Vorsitzende, falls er sich schriftliche Notizen gemacht hat. Eine solche Vorbereitung durch schriftliches Referat und Votum erscheint aber auch als dringend wünschenswert, um den Gefahren der Mündlichkeit — oben S. 259 — einigermassen die Spitze abzubrechen und eine Gleichstellung der Straf- mit der Civiljustiz herbeizuführen.

[13]) Dabei zu beachten G.V.G. §§ 77, 30², oben § 21.

geben[14]), das Gericht kann den Beschluss aber auch von Amtswegen fassen. Eine kommissarische Beweiserhebung kann aber nur in folgenden Fällen angeordnet werden:

1. wenn zur Vorbereitung der Hauptverhandlung ein richterlicher Augenschein einzunehmen ist, St.P.O. § 224[15]);

2. wenn das Erscheinen eines Zeugen oder Sachverständigen in der Hauptverhandlung entweder

a) für längere oder ungewisse Zeit durch Krankheit oder Gebrechlichkeit oder andere nicht zu beseitigende Hindernisse[16]) unmöglich gemacht ist, § 222 Abs. 1 St.P.O.; oder

b) wegen grosser[17]) Entfernung besonders erschwert ist, § 222 Abs. 2 St.P.O.;

3. wenn der Angeklagte vom Erscheinen in der Hauptverhandlung dispensiert wird, § 232 St.P.O.[18]). In diesem Falle erscheint die kommissarische Vernehmung des Angeklagten nicht bloss als Beweisaufnahme, sondern auch als antizipierte Gewährung des rechtlichen Gehörs; sie muss deshalb immer dann stattfinden, wenn der Angeklagte nicht schon im Vorverfahren richterlich vernommen worden ist.

Die Ausführung des eine kommissarische Beweiserhebung anordnenden Beschlusses erfolgt durch einen beauftragten oder ersuchten Richter[19]) (einen Richterkommissar, *judex commissarius*, in der früheren Prozesssprache). Gleichwohl ist sie, weil sie ein Stück der Haupt-

---

[14]) Hierher gehört der Fall, dass der Angeklagte auf die Anklageschrift hin gemäss § 199 „einzelne Beweiserhebungen vor der Hauptverhandlung" beantragt hatte, oben S. 489. So Bennecke 499 Anm. 9, Stenglein 6 zu § 206. A. M. Glaser II, 441.

[15]) Vgl. oben S. 337 III.

[16]) Z. B. durch die Bestimmungen der §§ 49, 71 St.P.O., oben S. 348.

[17]) Gross ist eine Entfernung dann, wenn ihre Überwindung nach der konkreten Sachlage aussergewöhnliche Mühen oder Auslagen auferlegt. Das kann auch innerhalb des Gerichtssprengels selbst der Fall sein (vgl. G.V.G. § 78); so Bennecke 523 Anm. 18, E. XVIII, 261, R. X, 675. A. M. Löwe 6, Stenglein 3 zu § 222, Glaser I, 452, v. Kries 375; zu denken ist hierbei nicht allein an das Reichsgericht als erste Instanz mit seinem das ganze deutsche Reich umfassenden Gerichtssprengel, sondern auch z. B. an den Fall, dass ein zum Sprengel eines Gerichts gehöriger Ort durch Überschwemmung derart vom Gerichtssitz abgeschnitten ist, dass die Personen von da eine umständliche Reise machen müssen.

[18]) Unten § 120.

[19]) Wie immer, so ist auch hier beauftragter Richter ein Mitglied des erkennenden Gerichts selbst, ersuchter Richter der im Rechtshülfewege requirierte Amtsrichter. Der Untersuchungsrichter kommt nicht in Frage. Bennecke 521 Anm. 10. A. M. E. IV, 91; R. III, 159; Löwe 11; Stenglein 5 zu § 222.

verhandlung vertritt, dieser letzteren in folgenden Punkten gleichgestellt:

*α)* Die kommissarische Beweisaufnahme ist parteiöffentlich, die Parteien haben ein Recht auf Anwesenheit bei der Beweisaufnahme, der Angeklagte auch ein Recht auf Anwesenheit seines Verteidigers; nur ist dieses Recht für den nicht auf freiem Fusse befindlichen Angeklagten dadurch bedingt, dass der Termin an der Gerichtsstelle seines Haftorts abgehalten wird, St.P.O. § 223. Das Recht des Angeklagten auf Anwesenheit ist aber nicht umfangreicher, als sein Recht auf Anwesenheit in der Hauptverhandlung, § 246 St.P.O. findet hier analoge Anwendung[20]). Nach den Sätzen über die Hauptverhandlung (St.P.O. § 239) richtet sich auch das Fragerecht der Erschienenen[21]). Die Parteien haben ferner das Recht, von dem Termin vorher benachrichtigt zu werden, und zwar auch insoweit ein Recht auf eigene Anwesenheit im Termine gemäss § 223 Abs. 2. St.P.O. nicht besteht[22]); der Angeklagte hat ausserdem ein Recht darauf, dass sein Verteidiger benachrichtigt werde[23]). Diese Benachrichtigungen können jedoch in den Fällen 1 und 2 unterbleiben, wenn sie wegen Gefahr im Verzug unthunlich sind. Des Erscheinens der Parteien und des Verteidigers im Termine bedarf es nicht (abgesehen natürlich von dem Falle 3 hinsichtlich des Angeklagten), §§ 223, 232 St.P.O.

*β)* Die kommissarische Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen hat eidlich zu erfolgen, insoweit die Vereidigung überhaupt zulässig ist.

Nach erfolgter Beweisaufnahme ist in den Fällen 1 und 2 das Protokoll der Staatsanwaltschaft und dem Verteidiger[24]) vorzulegen. § 223 Satz 2 St.P.O.

---

[20]) Löwe 1a zu § 223; Bennecke 521 Anm. 11.

[21]) v. Kries 530; Löwe 1a zu § 223. A. M. Bennecke 521 Anm. 11.

[22]) Bennecke 522 Anm. 16; E. XXIII, 142. A. M. Stenglein 6 zu § 223; Löwe 6 zu § 223.

[23]) Um ein eigenes Recht des Verteidigers handelt es sich nicht. A. M. R. VIII, 731; Löwe 7b zu § 250, welche sowohl ein Recht des Angeklagten als auch ein solches des Verteidigers auf Benachrichtigung des Letzteren annehmen, sowie Bennecke 522 Anm. 13, 16, welcher ausschliesslich ein Recht des Verteidigers annimmt.

[24]) Auch hier handelt es sich aber — vgl. oben Anm. 23 — um ein Recht des Angeklagten, nicht des Verteidigers. A. M. R. II, 156; Löwe 4a zu § 223, welche auch ein Recht des Verteidigers annehmen, und Bennecke 522 Anm. 17, welcher nur ein Recht des Verteidigers annimmt.

## b) Die Hauptverhandlung.

### a) Allgemeines.

### § 120.

*1. Charakter der Hauptverhandlung, notwendige Personen, Leitung, Etappen der Hauptverhandlung.*

I. Hauptverhandlung ist die — grundsätzlich öffentliche und mündliche — Verhandlung vor dem erkennenden Gericht über die Strafsache zum Zwecke der Aburteilung. Sie kann sich gültig nur erstrecken auf diejenige Strafsache, die durch Klage **und** Eröffnungsbeschluss [1]) hindurch an das erkennende Gericht gelangt ist. Würde infolge eines Versehens der Eröffnungsbeschluss eine andere That betreffen, als die Klage, so wäre ersterer ungültig, somit eine Hauptverhandlung solange unmöglich, bis ein der Anklage korrespondierender Eröffnungsbeschluss ergangen wäre. Das Entsprechende würde gelten, wenn der Eröffnungsbeschluss sich auf Strafsachen, die die Anklage offerierte, nicht mit erstreckte oder umgekehrt über die von der Anklage offerierten Strafsachen auf andere gar nicht rechtshängige hinausgriffe.

Der Eröffnungsbeschluss ist die Grundlage der Hauptverhandlung und des Urteils. Er wird im Beginn der Hauptverhandlung verlesen, § 242, steckt den Raum ab, auf dem gültig verhandelt und geurteilt wird, § 263, und die in ihm vertretene Rechtsauffassung kann nur unter Einhaltung besonderer Kautelen aufgegeben werden, § 264 St.P.O. Umgekehrt muss es auch zu einer Hauptverhandlung grundsätzlich in jeder Strafsache kommen, in der das Hauptverfahren eröffnet worden ist. Der Eröffnungsbeschluss kann grundsätzlich nicht ohne Hauptverhandlung erledigt werden, nur in einer Hauptverhandlung kann nach Eröffnung des Hauptverfahrens eine prozesserledigende Entscheidung erlassen werden. Dieser Grundsatz setzt aber voraus:

a) dass der Eröffnungsbeschluss nicht nichtig ist; ist er nichtig, so kann und braucht eine Hauptverhandlung nicht stattzufinden [2]).

b) dass nicht durch ein nachträglich eingetretenes Ereignis der gültig begonnene Prozess *ipso jure* in sich zusammengesunken ist [3]).

---

[1]) Abgesehen von den Ausnahmsfällen der §§ 211, 265 St.P.O., oben S. 466, 488.

[2]) E. XXIV, 65; Binding, Grdr. 193.

[3]) Im wesentlichen übereinstimmend Binding, Grdr. 194; Löwe 3a zu Buch 2 Abschn. 5; Fuchs H. H. II, 52; Voitus, Kontroversen I, 425; Dalcke 1 zu § 213; Glaser II, 450; Bennecke 503. Grundsätzlich dagegen: Ullmann 438; v. Kries 521; Z. V, 28 Anm. 17; John II, 658; Stenglein 3b zu § 209.

Denn ist der Prozess als Ganzes unstatthaft geworden, so verbietet sich damit auch eine Hauptverhandlung, die ja ein Stück „Prozess“ ist. Dies ist der Fall, wenn notwendige Prozessvoraussetzungen in Wegfall kommen: Tod des Angeklagten, Ausscheiden desselben aus der ordentlichen Strafgerichtsbarkeit, Aufhebung des Strafklagerechts durch rechtskräftiges Urteil in einem anderen Verfahren [4]) u. s. w. gehören hierher.

Nicht hierher gehörig ist die Zurücknahme des Strafantrags, denn diese lässt, nachdem einmal die Strafsache rechtshängig geworden, noch immer die Möglichkeit der Verurteilung wegen eines Offizialdelikts offen, tilgt also das bestehende Prozessverhältnis nicht vollständig. Es bedarf in diesem Falle deshalb stets der Hauptverhandlung [5]).

Fehlte die Prozessvoraussetzung schon von Anfang an, so kann es zwar zu einer Hauptverhandlung ebenfalls nicht kommen [6]); dieser Fall gehört aber nicht sub b, sondern sub a, denn dann war eben schon der Eröffnungsbeschluss ungültig erlassen [7]).

Zusammenfassend kann man sagen: zu einer Hauptverhandlung kommt es nicht, wenn es an einem gültigen Prozessverhältnis überhaupt oder einem gültigen Eröffnungs-Prozessverhältnis speziell fehlt. In diesen Fällen ist ein formaler Abschluss des Verfahrens durch gerichtliche Einstellung (Beschluss) zwar nicht geboten [8]), denn der Prozess ist eben von selbst aufgehoben; immerhin aber zweckmässig, da einfache Weglegung der Akten Missdeutungen Thür und Thor öffnet. Selbstverständlich ist dieser Beschluss — zu fassen vom erkennenden Gericht in beratender Sitzung [9]) — nur deklaratorisch, nicht konstitutiv [10]).

Ist aber das Prozessverhältnis in Ordnung, ist es auch gültig durch das Eröffnungsstadium hindurchgeführt, so ist ein prozesserledigender Ausspruch des Gerichts nur in einer Hauptverhandlung

---

[4]) A. M. Löwe 3a zu Buch 2 Abschn. 5.

[5]) Ebenso Keller 13 zu § 259; Stenglein 5 zu § 259; Meves G.A. XXXVI, 145; Bennecke 503 Anm. 5. A. M. Löwe 11 zu § 259; Glaser II, 450, 549; Olshausen 57 zu § 61 St.G.B.; Dalcke 2 zu § 259; Fuchs H. H. II, 52.

[6]) Falls nicht Heilung des Fehlers eingetreten ist. Bei Fehlen der örtlichen Zuständigkeit ist zu beachten, dass § 18 St.P.O. dem Eröffnungsbeschlusse, der in diesem Punkte fehlerhaft war, nach rückwärts hin Gültigkeit beilegt; somit muss es zu einer Hauptverhandlung kommen, auch wenn das Gericht schon vorher seine örtliche Unzuständigkeit erkennt.

[7]) Ein Beispiel wäre, wenn der amtsgerichtliche Beschluss das Hauptverfahren vor dem Schöffengericht etwa „wegen schweren Diebstahls, St.G.B. § 243“ eröffnet hätte.

[8]) Bennecke 503 Anm. 5 (für den Fall des Todes des Angeklagten). A. M. Birkmeyer 635.

[9]) Löwe 2 zu Buch 2 Anm. 5; Bennecke 503 Anm. 6.

[10]) Von einer „Wiederaufhebung des Eröffnungsbeschlusses“ (so z. B. Fuchs H. H. II, 51; Voitus, Kontroversen 1, 423; v. Kries 521) ist dabei keine Rede.

statthaft. Die materiellrechtliche Frage kann jetzt ohne Hauptverhandlung nicht mehr entschieden werden.

Dies gilt besonders in dem Falle, dass sich klar die Unschuld des Angeklagten herausstellt, etwa weil sein Name von einem Gauner gemissbraucht worden ist; oder dass sich die That als rechtmässig oder nicht schuldhaft — z. B. wegen Strafunmündigkeit des Thäters[11]) — herausstellt; ferner gehört hierher der Fall, dass ein Strafaufhebungsgrund eintritt, z. B. Verjährung; aber auch der Fall, dass in einem Verfahren gegen einen Beamten der „Konflikt" erhoben worden war, § 11 E.G.V.G.[12]), und die Konfliktsbehörde den Ausspruch fällt, dass der Beamte sich der Überschreitung seiner Amtsbefugnisse u. s. w. nicht schuldig gemacht habe[13]).

II. Erforderlich ist für die Hauptverhandlung Gegenwart des Gerichts, der Staatsanwaltschaft, des Angeklagten sowie des etwaigen Verteidigers[14]).

1. Ununterbrochen gegenwärtig müssen sein die zur Urteilsfindung berufenen Personen, § 225 St.P.O., auch die eventuellen Ergänzungsrichter, wenn anders sie in der Lage sein sollen, gegebenenfalls einzutreten, G.V.G. § 194 Abs. 2 und 3. Ein Personenwechsel auf der Richterbank ist — abgesehen von dem Eintritt eines Ergänzungsrichters — natürlich unzulässig. Ausscheiden eines Richters z. B. durch Erkrankung macht, insofern nicht ein Ergänzungsrichter eintritt, die ganze Hauptverhandlung hinfällig, sodass mit ihr von neuem begonnen werden muss.

Notwendig ist ferner ein Gerichtsschreiber, St.P.O. § 225, so jedoch, dass successiv hintereinander (nicht auch gleichzeitig) verschiedene Persönlichkeiten als Gerichtsschreiber thätig sein können.

2. Notwendig ist mindestens in jedem Zeitpunkt ein Vertreter der Staatsanwaltschaft, der aber nicht von Anfang bis Ende

---

[11]) Löwe 3a zu Buch 2 Abschn. 5 will, jedoch nur beim Einverständnis der Staatsanwaltschaft (weshalb das?), die Einstellung des Verfahrens ohne Hauptverhandlung zulassen, wenn sich ergiebt, dass der Angeklagte zur Zeit der That noch nicht 12 Jahre alt war. Zutreffend dagegen Bennecke 503 Anm. 6 und oben § 37 Anm. 8.

[12]) Oben S. 41.

[13]) Denn damit ist das Verfahren keineswegs hinfällig, die Verfolgung keineswegs unzulässig geworden, was schon daraus hervorgeht, dass die That möglicherweise unter anderem Gesichtspunkte (nicht unter dem Gesichtspunkte der Amtspflichtverletzung) strafbar sein kann. Es muss also Hauptverhandlung stattfinden und der Thäter freigesprochen, event. unter jenem anderen Gesichtspunkte verurteilt werden. A. M. Löwe 3a zu Buch 2 Abschn. 5.

[14]) Natürlich in handlungsfähigem Zustande, oben § 75 III.

dieselbe Persönlichkeit zu sein braucht; auch können mehrere Beamte der Staatsanwaltschaft mit geteilten oder ungeteilten Amtsverrichtungen auftreten, St.P.O. §§ 225, 226.

3. Notwendig ist Gegenwart des Angeklagten. Nichtanwesendsein des Angeklagten vereitelt regelmässig die Hauptverhandlung, es gilt der Satz: *Absentem in criminibus damnari non debere*, § 229 Abs. 1 St.P.O. Nur ausnahmsweise kann ohne den Angeklagten verhandelt werden, nämlich:

α) Wenn sich der Angeklagte, nachdem er bereits zur Sache vernommen worden ist, willentlich entfernt, so kann die Hauptverhandlung ohne ihn fortgesetzt und zu Ende geführt werden, St.P.O. § 230 Abs. 2.

β) Ist der Angeklagte, wiewohl ordnungsmässig geladen, von vornherein unentschuldigt ausgeblieben, so kann gleichwohl ohne ihn verhandelt werden, wenn die den Gegenstand der Untersuchung bildende That nur mit Geldstrafe, Haft oder Einziehung (einzeln oder zusammen) bedroht ist[15]), St.P.O. § 231.

γ) Ohne den Angeklagten kann endlich dann verhandelt werden, wenn er auf seinen Antrag vom Gericht von der Pflicht zum Erscheinen entbunden worden ist[16]), vorausgesetzt, dass er entweder kommissarisch oder im Vorverfahren richterlich als Beschuldigter[17]) vernommen worden ist, St.P.O. § 232. Das Protokoll über diese Vernehmung ist in der Hauptverhandlung zu verlesen.

In allen diesen Fällen der Absenzverhandlung gestaltet sich das Verfahren aber nicht nach Art des civilprozessualen Versäumnis-(Kontumazial-)Verfahrens[18]), vielmehr gleicht es annähernd dem Eremodizialverfahren der römischen Kaiserzeit, insofern die Beweiserhebung und Urteilsfällung grundsätzlich *de jure* in derselben Weise erfolgen, wie wenn der Angeklagte zugegen wäre, soweit nicht eben sein Fernsein

---

[15]) Die Strafdrohung im Strafgesetz, nicht die zu erwartende Strafe, ist massgebend, und zwar die prinzipale, nicht die für den Unvermögensfall geltende, sodass z. B. subsidiäre Gefängnisstrafe die Anwendung des § 231 nicht ausschliesst, R. VII, 93.

[16]) Vgl. nachstehend S. 522.

[17]) Löwe 9 zu § 232; Bennecke 527; v. Kries 404; Frank Z. XII, 335; Kleinfeller G.S. XLV, 356. A. M. E. XIX, 246, (es genüge die Vernehmung als Zeuge).

[18]) Es ist deshalb durchaus unratsam, die Absenzfälle als „Kontumazialfälle" zu bezeichnen, wie es häufig — so z. B. Binding, Grdr. 200 — geschieht, unratsam ganz besonders im Hinblick darauf, dass es im Berufungsverfahren, im Privatklageverfahren und im Mahnverfahren echte Kontumazialfälle giebt.

faktisch Abweichungen bedingt. Ergiebt die Beweisaufnahme nicht genügenden Beweis, so wird der Angeklagte trotz seines Fernbleibens freigesprochen; irgendwelche ungünstigen Schlüsse auf seine Schuld werden aus seinem Fernbleiben nicht gezogen.

Zulässig ist in allen Fällen einer Absenzverhandlung, dass der Angeklagte sich durch einen Verteidiger vertreten lässt[19]), § 233.

Das *in absentia* ergangene Urteil weist die Eigentümlichkeit auf, dass es (nicht bloss den gewöhnlichen Rechtsmitteln, sondern ausserdem auch noch) der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand unterliegt[20]), ausgenommen die Dispensfälle und die Fälle, in denen sich der Angeklagte durch einen Verteidiger hatte vertreten lassen, St.P.O. § 234[21]).

Vom Standpunkte des Angeklagten aus betrachtet erscheint sein Anwesendsein in der Hauptverhandlung gleichzeitig als Pflicht und als Recht.

a) Der Angeklagte ist verpflichtet zu erscheinen und darf sich aus der Verhandlung nicht entfernen. Ist er unentschuldigt trotz ordnungsmässiger, also insbesondere die Warnung des § 215 St.P.O. enthaltender[22]) Ladung, nicht erschienen, so wird sofort ohne weiteres[23]) Anordnung der Vorführung und Erlass eines Haftbefehls durch das Gericht statthaft, § 229 Abs. 2 St.P.O. Der demgemäss erlassene Haftbefehl ist ein Haftbefehl wie jeder andere. Er tritt nicht ausser Kraft mit dem Ende der Hauptverhandlung[24]). — Das Ausharren des erschienenen Angeklagten wird nötigenfalls durch Zwang herbeigeführt, St.P.O. § 230 Satz 2.

Diese Pflicht des Angeklagten besteht in allen Fällen soweit nicht das Gericht selbst ohne ihn zu verhandeln gewillt ist. Auch in den oben $\alpha$—$\gamma$ erwähnten Absenzfällen hängt es durchaus vom Ermessen des Gerichts ab, ob es das Erscheinen des Angeklagten verlangen und eventuell erzwingen will, St.P.O. § 235. Ein Recht auf Fernbleiben

---

[19]) Dabei handelt es sich nicht um Vertretung des Angeklagten als Beweismittels, sodass etwa der Verteidiger für den Angeklagten Geständnisse ablegen könnte, sondern nur um Vertretung des Angeklagten als Prozesssubjekts. Unzutreffend Mot. 183; Löwe 4 zu § 233; dagegen Bennecke 528 Anm. 37. Vgl. oben S. 375.

[20]) Auch im Falle des § 230 Abs. 2 (oben $\alpha$); Bennecke 528 Anm. 38; John III, 52. A. M. Stenglein 3; Löwe 1c zu § 234.

[21]) Oben § 79 a. E.

[22]) Bennecke 384 Anm. 3, 525 Anm. 19; Löwe 5 zu § 229.

[23]) Also auch ohne die Voraussetzungen des § 112 St.P.O.; Bennecke 525 Anm. 18. A. M. Stenglein 4 zu § 229.

[24]) A. M. Bennecke 525 Anm. 18.

hat also der Angeklagte nicht. Nur durch den gemäss § 232 St.P.O. erlangten Dispens vom Erscheinen erlangt der Angeklagte ein Recht darauf, dass ohne ihn verhandelt werde, freilich auch nur ein widerrufliches Recht, das Gericht kann den Dispens jederzeit zurücknehmen. Zulässig ist eine solche Entbindung des Angeklagten vom Erscheinen dann, wenn sein Aufenthaltsort von dem Orte der Hauptverhandlung durch grosse Entfernung[25]) getrennt ist, und nach dem Ermessen des Gerichts voraussichtlich höchstens Freiheitsstrafe von 6 Wochen oder Geldstrafe oder Einziehung, allein oder zusammen, zu erwarten steht, § 232 St.P.O. Auf welche Strafe in den Dispensfällen das Gericht schliesslich erkennt, ist bedeutungslos. Ist der Dispens einmal erfolgt, so ist das Gericht nicht gehindert, über die erwartete höchste Strafe hinauszugehen[26]).

b) Der Angeklagte hat aber umgekehrt auch ein Recht auf Anwesenheit in der Hauptverhandlung. Er verwirkt dies auch dadurch nicht, dass er anfänglich ausgeblieben war[27]). Dieses Recht kann ihm in keinem Falle ganz entzogen, wohl aber durch Gerichtsbeschluss partiell eingeschränkt werden, nämlich einmal in Bethätigung der Sitzungspolizei nach § 178 G.V.G.[28]), sodann für die Dauer der Vernehmung eines Mitangeklagten oder Zeugen, wenn zu befürchten ist, dass dieser in Gegenwart des Angeklagten die Wahrheit nicht sagen werde, § 246 St.P.O. In beiden Fällen muss der Angeklagte nachher über das in seiner Abwesenheit Vorgegangene unterrichtet werden, § 246 Satz 2 und Abs. 2 St.P.O.

Das Recht auf Anwesenheit kann dem Angeklagten nicht durch einen ihm aufoktroyierten Dispens vom Erscheinen entzogen werden; § 232 St.P.O. setzt einen Antrag des Angeklagten voraus, und selbst wenn er um Dispens gebeten hatte, kann er gleichwohl nachher in der Hauptverhandlung erscheinen.

Zur Anwesenheit berechtigt ist auch der nicht auf freiem Fusse befindliche Angeklagte. Eine Absenzverhandlung kann gegen ihn daher

---

[25]) Vgl. oben § 119 Anm. 17.

[26]) Ebenso Voitus Kontroversen I, 285; Fuchs H. H. II, 69. A. M Mot. 183; Bennecke 527; E. XV, 337; R. IX, 39; Löwe 6 zu § 232; Glaser II, 507; Keller 7; Schwarze 5; Dalcke 2; Thilo 4 zu § 232; Geyer 674; John III, 40. Selbstverständlich kann das Gericht aber mit Rücksicht auf die Strafhöhe den Dispens zurücknehmen und das Erscheinen des Angeklagten verlangen; das wird immer dann angemessen sein, wenn es sich um erhebliche Überschreitung der sechswöchigen Freiheitsstrafe handelt.

[27]) v. Kujawa, G.A. XLIII, 196.

[28]) Oben S. 431.

nur dann stattfinden, wenn er willentlich auf sein Recht verzichtet hat, nicht aber, wenn seine Unfreiheit der Grund seines Nichterscheinens war [29]).

4. Die Gegenwart des Verteidigers ist notwendig in den Fällen der „notwendigen Verteidigung", sowie bei Offizialverteidigung, § 145 St.P.O. Im übrigen dagegen hindert das Fernbleiben des Verteidigers die Hauptverhandlung nicht, vorausgesetzt nur, dass er ordnungsmässig geladen war.

Wie auf Seite der Staatsanwaltschaft, so können auch auf Seite der Verteidigung Mehrere nacheinander, sowie gleichzeitig mit geteilter oder ungeteilter Funktion auftreten, St.P.O. § 226.

III. Die Leitung der Hauptverhandlung [30]), namentlich die Vernehmung des Angeklagten und die Beweisaufnahme, erfolgt im allgemeinen, insoweit nichts Abweichendes bestimmt ist, durch den Vorsitzenden, St.P.O. § 237. Er ist hierbei souverän, insoweit es sich um Zweckmässigkeitsfragen handelt (z. B. Reihenfolge, in der die Zeugen zu vernehmen sind, Leistung des Voreides oder des Nacheides). Wird dagegen eine seiner Massregeln von einer bei der Verhandlung beteiligten Person als unzulässig beanstandet (wird z. B. die Vereidigung eines Zeugen beanstandet, weil er nicht vereidigt werden dürfe), so entscheidet das Gericht (natürlich unter Mitwirkung des Vorsitzenden), § 237 Abs. 2; der Gerichtsbeschluss ist alsdann für den Vorsitzenden massgebend.

Die Leitungsgewalt umfasst alle Prozessbeteiligten, insonderheit auch den Vertreter der Staatsanwaltschaft [31]).

In der Leitung ist namentlich das Recht enthalten, die Hauptverhandlung zu eröffnen, auf kurze Zeit zu unterbrechen (§ 227 Satz 2) und zu schliessen; dagegen ist die Aussetzung der Hauptverhandlung für längere Zeit [32]) Sache des Gerichts. Sache des Gerichts ist auch die Verbindung mehrerer Strafsachen zum Zwecke gleichzeitiger Verhandlung; sie ist nach § 236 St.P.O. zulässig, wenn zwischen getrennt anhängig gemachten Sachen irgend ein Zusammenhang (nicht notwendig ein Zusammenhang im engeren Sinne nach §§ 2, 3 St.P.O.) besteht. Umgekehrt kann das Gericht auch verbundene Strafsachen trennen.

---

[29]) John III, 46; Bennecke 526.

[30]) Über den Begriff der Prozessleitung s. oben S. 428—429, 312—313. Die Leitung der Hauptverhandlung ist eine Unterart der Prozessleitung.

[31]) Ebenso Bennecke 530 Anm. 7; Löwe 2a zu § 237; John III, 84; Geyer 688, v. Kries 547; Ullmann 455. A. M. Stenglein 4 zu § 237; Fuchs H. H. II, 77, R. III, 96; Keller 2; Puchelt 6 zu § 237.

[32]) Über den Unterschied zwischen Unterbrechung und Aussetzung s. Löwe 1 zu § 227.

Die Leitung umfasst ferner auch die Vernehmung des Angeklagten; sie liegt vollständig und lediglich in der Hand des Vorsitzenden; ausser ihm hat niemand, nicht einmal ein Beisitzer, das Recht, Fragen an den Angeklagten zu richten. Zulässig ist nur das Ersuchen an den Vorsitzenden, er möge diese und jene Frage an den Angeklagten richten. Diese Bestimmung will verhüten, dass ein „Kesseltreiben" durch die Frageberechtigten auf den Angeklagten stattfinde, und dieser hierdurch verwirrt werde[33]).

Die Vernehmung der Zeugen und Sachverständigen liegt ebenfalls grundsätzlich in der Hand des Vorsitzenden. Jedoch erleidet die Einheitlichkeit der Vernehmung hier Ausnahmen. Einmal nämlich muss der Vorsitzende den Beisitzern, der Staatsanwaltschaft, dem Angeklagten und dem Verteidiger, sowie den Geschworenen und Schöffen gestatten, nach erfolgter Vernehmung noch ihrerseits weitere Fragen an die vernommene Person zu richten, St.P.O. § 239, mit Ausnahme ungeeigneter oder nicht zur Sache gehöriger Fragen, die eine dieser Personen mit Ausnahme der Beisitzer an den Zeugen oder Sachverständigen richten will, § 240 Abs. 2 St.P.O.; Zweifel über die Zulässigkeit einer Frage entscheidet das Gericht St.P.O. § 241. Sodann muss der Vorsitzende auf übereinstimmenden Antrag der Staatsanwaltschaft und des Verteidigers diesen die Vernehmung[34]) der von der Staatsanwaltschaft und dem Angeklagten benannten Zeugen und Sachverständigen zum Zwecke des — dem englischen Recht entlehnten — „Kreuzverhörs" *(cross examination)* überlassen, bei welchem jede Partei bei den von ihrer Seite benannten Zeugen und Sachverständigen den Vortritt hat, § 238 St.P.O. Im Anschluss an das Kreuzverhör ist der Vorsitzende zur weiteren ergänzenden Vernehmung befugt, § 238 Abs. 2. Missbrauch des Vernehmungsrechts berechtigt den Vorsitzenden, dieses dem Missbrauchenden zu entziehen, § 240 Abs. 1 St.P.O.; auch kann der Vorsitzende ungeeignete oder nicht zur Sache gehörige Fragen zurückweisen, § 240 Abs. 2 St.P.O. Zweifel über die Zulässigkeit einer Frage entscheidet auch hier das Gericht, St.P.O. § 241.

Die — sei es zeitweilige, sei es definitive — Entlassung der Zeugen und Sachverständigen steht ebenfalls im Ermessen des Vorsitzenden, der zuvor aber die Parteien zu hören hat, § 247 St.P.O.

[33]) John III, 67; Bennecke 530 Anm. 9; Löwe 4; Stenglein 2 zu § 239; R. V, 785.

[34]) Aber ausschliesslich der Vereidigung, Bennecke, 531.

IV. Die Reihenfolge, in der sich die Prozesshandlungen zur Hauptverhandlung zusammenschliessen, ist folgende:

1. Aufruf der Zeugen und Sachverständigen, soweit solche geladen sind;
2. Vernehmung des Angeklagten zur Person, soweit er anwesend ist;
3. Nach Abtreten der Zeugen: Verlesung des Eröffnungsbeschlusses[35]);
4. Vernehmung des Angeklagten zur Sache;

(Nr. 1–4: § 242 St.P.O.)

5. Beweisaufnahme[36]); § 243 St.P.O.
6. Schlussvorträge der Parteien; § 257 St.P.O.
7. Abschliessende Entscheidung des Gerichts, § 259 St.P.O.

Vor der Schwelle der Hauptverhandlung liegen dagegen der Aufruf der Sache, die Vorführung des Angeklagten, die Öffnung des Sitzungssaals zwecks Herstellung der Öffentlichkeit und dergl. vorbereitende Handlungen. Sie kommen für den Beginn der Hauptverhandlung nicht in Betracht[37]). Ob sie notwendig sind, ist eine ganz andere Frage[38]).

## § 121.

### 2. *Die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung und die Schlussvorträge.*

I. Die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung muss darauf gerichtet sein, das Beweisgebäude von Grund aus neu aufzuführen, denn nach § 260 St.P.O. hat das Gericht seine Überzeugung aus dem Inhalte der Verhandlung selbst zu schöpfen. Der Umstand, dass irgend welche Thatsachen schon im Vorverfahren zu Tage gefördert worden sind, ist völlig irrelevant, denn nach dem Unmittelbarkeitsgrundsatz kommt für das erkennende Gericht nur die eigene Beweiserhebung in Betracht. Die zuvor erfolgten Erhebungen dienen nicht mit als Urteilsgrundlage, sie haben ihren Zweck erfüllt, sobald es zum Hauptverfahren

---

[35]) Nicht etwa ein Vortrag des Staatsanwalts über die Anklage. — Eine Erläuterung des Eröffnungsbeschlusses durch den Vorsitzenden ist im Gesetz nicht vorgesehen, aber nicht für unzulässig zu erachten; selbstverständlich darf aber diese Erläuterung nur klarlegen, worum es sich handle, nicht irgendwelche beweiserheblichen Thatsachen als feststehend behandeln. So auch die herrschende Auffassung in Literatur wie Judikatur, vgl. Löwe 5b zu § 242.

[36]) Vgl. dazu oben S. 373. Die Beweisaufnahme ist im Strafprozess ein Teil der Hauptverhandlung, sodass namentlich die oben entwickelten Sätze über Anwesenheit der Prozesssubjekte auch auf die Beweisaufnahme Anwendung finden.

[37]) Bennecke 534 Anm. 2. A. M. Dochow 189; v. Kujawa G.A. XLIII, 199; wohl auch Birkmeyer 625. Nicht scharf Löwe 2a zu § 242; R. III, 236; Wichtig ist die Feststellung des Zeitpunkts, in dem die Hauptverhandlung beginnt, z. B. fur das Absenzverfahren.

[38]) Vgl. hierüber John III, 99 gegen R. III, 236.

gekommen ist. Nur ausnahmsweise kann auf die im Vorverfahren erfolgten Erhebungen zurückgegriffen, und auf ihnen das Urteil mit aufgebaut werden, nämlich in den Fällen der §§ 250, 252, 253 St.P.O.[1]).

Dagegen erscheinen die „kommissarischen Beweiserhebungen" gewissermassen als antizipierte Teile der Hauptverhandlung, auf sie ist daher ohne weiteres zurückzugreifen möglich, vorausgesetzt nur, dass der Grund, der zur kommissarischen Beweiserhebung führte, noch zur Zeit andauert. Sie sind ja auch, wenn auch vor der Hauptverhandlung, so doch ausgesprochenermassen zu dem Zwecke vorgenommen worden, in der Hauptverhandlung benutzt zu werden.[2])

Die Bemessung des Umfangs der Beweisaufnahme ist grundsätzlich Sache des Gerichts[3]), das sich natürlich seinerseits dabei an die gesetzlichen Regeln halten muss. Würde es doch völlig zwecklos sein, wenn das Gericht genötigt würde, über Thatsachen, die es für unerheblich oder für schon bewiesen hält, Beweis zu erheben. Gleichwohl bindet der — ursprünglich im Entwurf nicht vorgesehene — § 244 St.P.O. das Gericht insofern an den Willen der Parteien, als es sich um „geladene"[4]) Zeugen und Sachverständige, vorausgesetzt, dass sie auch vernehmungsfähig zur Stelle sind[5]), sowie um ordnungsmässig „herbeigeschaffte"[6]) sächliche Beweismittel handelt. Diese Beweismittel nämlich muss das Gericht benutzen, selbst wenn es die betreffenden Beweisthemata für völlig unerheblich hält[7]). Nur der

---

[1]) Oben S. 253 ff.

[2]) Vgl. oben S. 514 ff.

[3]) Vgl. oben § 84.

[4]) Oben § 103 I.

[5]) E. I, 175, 196, 315; R. I, 293, 333, 551; X, 546; Bennecke 539 Anm. 2, 8; Löwe 2b zu § 244.

[6]) Das sind solche, deren Herbeischaffung das Gericht angeordnet hatte — (so in erster Reihe die Protokolle über kommissarische Beweiserhebungen, R. I, 826; John III, 165; Löwe 11 zu § 250; v. Kries 553; Bennecke 541 Anm. 11; Stenglein 8 zu § 250; — unbegründet die Einschränkung, die in E. VII, 127; R. V, 39. VII, 605, VIII, 694, IX, 176 gemacht wird; treffend hiergegen Löwe a. a. O.), — sodann aber solche, die von den Parteien unter rechtzeitig vor der Hauptverhandlung erfolgter Benennung an den Gegner beigebracht werden. Im allgemeinen übereinstimmend E. I, 383; R. II, 122; Rintelen 194 Anm. 4b; v. Kries 552; Löwe 5b zu § 244; Bennecke 541; Stenglein 3 zu § 244. Dagegen lässt John jedes Zur-Stelle-Sein des Beweismittels genügen III, 157. Birkmeyer 631 verlangt, dass die Beweismittel sich bereits bei Beginn der Hauptverhandlung in den Händen des Gerichts befinden müssen, indem er von der Herbeischaffung „zur Hauptverhandlung" die „Herbeischaffung in der Hauptverhandlung" sondert und den § 244 nur auf erstere bezieht.

[7]) Vgl. Bennecke 303, 539.

übereinstimmende ausdrückliche Verzicht der Parteien ermächtigt das Gericht zur Abstandnahme von solcher Beweiserhebung.

Diese Vorschrift ist gedacht als Schutz der Parteien, zumal des Angeklagten, gegen ungerechtfertigte Beweisabschneidung[9]). Sie ist gleichwohl verkehrt, denn sie nötigt das Gericht zu Beweiserhebungen, die es dann im Urteil doch gänzlich bei Seite lässt[10]).

Offenbar ist aber § 244 nur eine singuläre Einzelbestimmung; ein Grundsatz, demzufolge die Bestimmung des Umfangs der Beweisaufnahme überhaupt in der Hauptverhandlung Sache der Parteien sei[11]), ist darin nicht zu finden[12]). Überdies erleidet die in § 244 Abs. 1 gegebene Ausnahmebestimmung ihrerseits wieder eine Ausnahme durch § 244 Abs. 2, wonach das Schöffengericht — und ebenso das Amtsgericht — den Umfang der Beweisaufnahme in völliger Unabhängigkeit von den Parteien bestimmt.

Die Benutzung weiterer als der nach dem Vorstehenden obligatorischen Beweismittel kann, insoweit dadurch nicht eine Aussetzung der Verhandlung nötig wird, der Vorsitzende anordnen, wobei ihm das Gericht nur insoweit in den Arm fallen kann, als der Vorsitzende unzulässige Beweisakte vornehmen, etwa einen öffentlichen Beamten entgegen dem § 53 St.P.O. vernehmen will.

Durch besondere Bestimmung ist dem Vorsitzenden die Verfügung darüber, ob in den Fällen des § 250 St.P.O.[14]) eine Protokollverlesung stattfinden solle, entzogen. Hier bedarf es eines Gerichtsbeschlusses, der mit den Gründen verkündet werden muss. Bei der Verkündung muss bemerkt werden, ob die Beeidigung der vernommenen Personen stattgefunden hat.

Eines Gerichtsbeschlusses bedarf es ferner, wenn durch die Beweisaufnahme eine Aussetzung der Verhandlung notwendig wird, § 243 St.P.O. Ausserdem kann aber das Gericht in jedem Falle — auch entgegen dem Willen des Vorsitzenden — die Heranziehung weiterer Beweismittel beschliessen, § 243 St.P.O.

---

[8]) John III, 168; Löwe 6c zu § 244; Bennecke 540 Anm. 3.

[9]) Bericht der Reichstagskomm. 64.

[10]) Auch für die Revisionsinstanz ist § 244 unnütz, vgl. unten § 133.

[11]) So Facilides G.S. L, 430.

[12]) Vgl. Glaser I, 396, 397.

[13]) Auch von Amtswegen; so E. II, 194; R. II, 156, 160; Stenglein 3; Löwe 4a zu 243; v. Kries 557; vgl. Schwarze 8 zu § 243. A. M. Geyer 679; John III, 142; Bennecke 537, 530; Dalcke 1; Puchelt 3 zu § 243; Glaser I, 408 Anm. 21.

[14]) Oben S. 255.

Besondere Sätze gelten für den Fall, dass eine Partei einen Beweisantrag[14a]) stellt, d. i. einen auf Erforschung von Thatsachen gerichteten Antrag[15]). Wird von einer Partei ein Beweisantrag gestellt, so kann nämlich der Vorsitzende für sich allein ihm stattgeben in den soeben angegebenen Grenzen. Eine Ablehnung dagegen kann immer nur durch Gerichtsbeschluss erfolgen[16]), St.P.O. § 243 Abs. 2, und zwar durch einen besonderen Beschluss, nach welchem die Partei vor der Urteilsfällung zum rechtlichen Gehör zuzulassen ist[17]). Ein derartiger ablehnender Gerichtsbeschluss darf aber, soweit es sich nicht um eine gesetzlich unzulässige Beweisaufnahme handelt (z. B. Vernehmung eines öffentlichen Beamten entgegen dem § 53 St.P.O.), dem Instruktionsprinzip gemäss immer nur dann ergehen, wenn jede Möglichkeit dafür fehlt, dass die beantragte Beweisaufnahme das Gesamtbeweisergebnis irgendwie beeinflussen könne. Eine derartige Möglichkeit ist aber stets dann vorhanden, wenn eine bisher unerwiesene erhebliche Thatsache durch den Parteiantrag unter Beweis gestellt ist. Ist das der Fall, so darf sich das Gericht nicht von seiner Forschungspflicht selbst entbinden.

Das Gericht muss sich also bei Prüfung der Zulassung oder Ablehnung des Beweisantrages in Gedanken in die Lage versetzen, als habe die beantragte Beweisaufnahme die Wahrheit der unter Beweis gestellten Thatsache ergeben. Nur wenn der Hinzutritt dieser Thatsache zu den bisher erwiesenen Thatsachen das bisherige Beweis-

---

[14a]) Vgl. Meves, Der Beweisantrag und seine prozessrechtliche Behandlung, G.A. XL, 291, 416.

[15]) Befremdlich und durchaus unhaltbar E. XXIV, 422, wo ein der St.P.O. ganz unbekannter Unterschied zwischen „Beweisanträgen" und „Beweisermittelungsanträgen" aufgestellt wird. Der Angeklagte hatte in einer Zeitung behauptet, „ein" Geistlicher des Kreises W. habe diese und jene Äusserung gethan. Das Gericht stellte fest, dass keiner dieser Geistlichen diese Äusserung gethan habe. Ein Antrag des Angeklagten, die Geistlichen aus dem Kreise W. darüber zu vernehmen, ob nicht einer von ihnen die beschuldigte Äusserung gethan habe, wurde abgelehnt. Dieses — vom Reichsgericht gebilligte — Verfahren war ungesetzlich. Auf die positive oder negative Fassung des Antrages kommt nichts an. Der Angeklagte hatte deutlich genug behauptet, einer der Geistlichen werde bekunden, dass er die Äusserung gethan habe. Dieser Beweis ist ihm zu Unrecht abgeschnitten worden. — Unhaltbar auch R. VI, 391; John III, 118; Meves, G.A. XL, 294, die einen Unterschied zwischen Beweisanträgen und blossem Beweisantritt (Beweisanerbieten) machen wollen. Richtig Glaser I, 373.

[16]) Vorausgesetzt, dass der Antrag nicht lediglich Wiederholung eines bereits durch Gerichtsbeschluss abgethanen Antrags ist. E. XXXI, 62.

[17]) Reichsgericht, R. I, 158, 256, 456, 474, VIII, 4, 168, 581; E. I, 34, 170; R. VII, 271 u. s. w.; Löwe 9a zu § 243; Bennecke 536. Über Eventualanträge s. E. I, 395, III, 222, XX, 380, XXIX, 438; R. III, 157, VIII, 4, 168, 415.

ergebnis unberührt lässt, kann der Beweisantrag abgelehnt werden. Das Gericht darf deshalb den Beweisantrag zwar ablehnen, wenn er inhaltlos ist, insofern er keine zu beweisende Thatsache oder kein bestimmtes Beweismittel nennt; wenn er unverständlich ist[18]); wenn die zu beweisende Thatsache weder direkt noch indirekt erheblich ist[19]); sowie wenn die zu beweisende Thatsache schon ohnehin vom Gericht für erwiesen angesehen wird. Dagegen ist die Ablehnung des Beweisantrags mit der Motivierung, „dass die Sache schon genügend aufgeklärt sei", „dass das Gegenteil der behaupteten Thatsache schon feststehe", unzulässig[20]). Denn wenn auch das Gericht subjektiv nach der bisherigen Beweisaufnahme schon völlig überzeugt ist, so kann gleichwohl objektiv die Sache anders liegen, und das Gericht sich irren. Es kann z. B. ein Indizienbeweis dem Gericht erdrückend erscheinen; dennoch wäre es unstatthaft, wollte das Gericht z. B. einen Alibibeweisantrag des Angeklagten ablehnen. Unzulässig wäre es auch, wollte das Gericht gegenüber einer beeideten Zeugenaussage es ablehnen, über eine widersprechende aussergerichtliche Äusserung dieses Zeugen Beweis zu erheben[21]). Gleichermassen unstatthaft ist jede Ablehnung eines Beweisantrags, bei der das Gericht von vornherein das betreffende Beweismittel als untauglich verwirft[22]) oder ihm den Glauben versagt[23]). Eine derartige Antizipation der Beweiswürdigung ist immer dem Irrtum ausgesetzt; objektiv bleibt immer die Möglichkeit, dass nach erfolgter Beweisaufnahme sich die Beweiswürdigung ganz anders darstellt. Stellt der Angeklagte deshalb eine erhebliche Thatsache z. B. unter das Zeugnis eines Kindes oder seiner Ehefrau, so kann der Antrag nicht mit der Begründung abgelehnt werden, dass das Gericht diesen Zeugen doch nicht glauben werde.

---

[18]) E. I, 32, 34, XIII, 316; vgl. Meves G.A. XL, 431. Bedenklich E. XXVII, 95, wo die Behauptung der „Unglaubwürdigkeit" eines Zeugen nicht als gehörige Substanziierung aufgefasst wurde. Ist es nicht das *nobile officium judicis*, den Kern der Anträge heraus zu schälen, statt sich an die unvollkommene Einkleidung der Anträge zu halten? Vgl auch oben Anm. 15.

[19]) E. I, 79, 138, 239; R. I, 218, VII, 304.

[20]) E. I, 417; R. I, 453, VI, 453, VII, 296, VIII, 306; Löwe 9b zu § 243; Bennecke 536 Anm. 18.

[21]) E. XXIV. 404.

[22]) Vgl. R. III, 708.

[23]) Bennecke 536 Anm. 18; Stenglein 11 zu 243. Das Reichsgericht folgt an sich diesem Grundsatz, lässt aber grundlos eine Vorwegnahme der Beweisprüfung im Hinblick auf persönliche Verhältnisse der Zeugen (Verwandtschaft u. s. w.) zu; so R. IV, 633, X, 92; E V, 312, XXXI, 139; vgl. Meves G.A. XL, 430. Dem muss durchaus widersprochen werden.

Dass ein Beweisantrag nicht als zu spät gestellt abgelehnt werden darf, ist bereits oben hervorgehoben [24]).

In der vorbezeichneten Weise sind zu behandeln alle von den Parteien in der Hauptverhandlung sowie die von dem Angeklagten bei der kommissarischen Vernehmung nach § 232 St.P.O. [25]) gestellten Beweisanträge ohne Einschränkung. Ob der Antrag *expressis verbis* oder konkludent gestellt wird, macht keinen Unterschied [26]).

Ist die Beweisaufnahme erledigt, so ist damit *ipso jure* der „Schluss der Beweisaufnahme" (§ 257 St.P.O.) eingetreten. Einer Schliessung durch den Vorsitzenden oder das Gericht bedarf es nicht, auch kann jederzeit dem Prinzip der materiellen Wahrheitserforschung gemäss nach Bedürfnis von neuem in die Beweisaufnahme eingetreten werden [27]).

II. Zum mündlichen Schlussvortrage, Plaidoyer, sind — nach Schluss der Beweisaufnahme — beide Parteien berechtigt, und zwar so, dass zuerst der oder die Vertreter der Staatsanwaltschaft, dann der Angeklagte zu sprechen berechtigt sind, St.P O. § 257 Abs. 1. Das Plaidoyer für den Angeklagten übernehmen gegebenenfalls der oder die Verteidiger. Auf die Ausführungen des Angeklagten oder des Verteidigers ist der Staatsanwalt zu erwidern berechtigt, worauf der Angeklagte (oder der Verteidiger) mit einer Gegenerwiderung zu hören ist. Weitere Parteireden kann der Vorsitzende gestatten; ein Recht darauf haben die Parteien aber nicht [28]).

Jedenfalls muss der Angeklagte oder Verteidiger das vor der Entscheidung des Gerichts letzte Wort haben.

Hatte für den Angeklagten der Verteidiger plaidiert, so ist der Angeklagte zu befragen, ob er selbst noch etwas zu seiner Verteidigung anzuführen habe, § 257 Abs. 2, 3 St.P.O.

Diese Schlussanhörung giebt den Parteien Raum zur Stellung ihrer Schlussanträge, sowie zu Ausführungen rechtlicher oder thatsächlicher Natur. Auch die Anbringung von Beweisanträgen ist — wegen St.P.O § 245 — auch jetzt noch immer zulässig.

Ist der Angeklagte der Gerichtssprache nicht mächtig, oder ist mit einem tauben Angeklagten nicht eine schriftliche Verständigung erfolgt, so müssen aus den Schluss-

---

[24]) S. 332.

[25]) Bennecke 536 Anm. 15; E. X, 135, XIX, 249; R. VI, 79.

[26]) Unzutreffend E. XXIII, 400.

[27]) Bennecke 549 Anm. 2; E. VI, 256; R. III 634.

[28]) Bennecke 550 Anm. 11; Ullmann 479 Anm. 1; Löwe 3 zu § 257; R. VI, 599; E. XI, 136; John III, 305; v. Kries 542; Süss Stellung der Parteien, 380. Abweichend Stenglein 4 zu § 257.

vorträgen mindestens die Anträge der Staatsanwaltschaft und des Verteidigers dem Angeklagten verdolmetscht werden, St.P.O. § 258.

Erfolgt auf die erste Gruppe von Schlussvorträgen hin nicht die abschliessende Entscheidung des Gerichts, sondern schiebt sich ein anderweiter Prozessakt dazwischen (Wiedereintritt in die Beweisaufnahme, Ablehnung eines Beweisantrages u. s. w.), so muss ein abermaliges rechtliches Gehör der Parteien in der gleichen Weise, wie das erste Mal, erfolgen [29].

## § 122.

### 3. *Die abschliessende Entscheidung des Gerichts*,

I. Der Abschluss der Hauptverhandlung kann *ipso facto* erfolgen, z. B. durch den Tod eines Richters, für den kein Ergänzungsrichter zur Stelle ist, oder durch den Tod des Angeklagten [1]). Das Gewöhnliche ist aber, dass die Hauptverhandlung durch eine abschliessende Entscheidung des Gerichts beendigt wird. Diese hat sich strikt auf den durch Klage und Eröffnungsbeschluss [2]) festgelegten Prozessgegenstand zu beziehen.

1. Deshalb muss das Gericht diesen Prozessgegenstand voll abthun, namentlich darf es nicht eine der Strafsachen, die etwa in Mehrzahl den Gegenstand des Prozesses bilden, unentschieden lassen; bliebe eine Strafsache unerledigt, so müsste eine neue Hauptverhandlung mit anschliessender Entscheidung stattfinden [3]).

2. Auf der anderen Seite darf das Gericht nicht über den Prozessgegenstand hinausgreifen. Die Entscheidung ist weder auf andere Thaten, noch auf andere Thäter auszudehnen. Dies drückt § 263 St.P.O. in unvollkommener Weise dahin aus:

> „Gegenstand der Urteilsfindung ist die in der Anklage bezeichnete That."

Man ist einverstanden darüber, dass sich das Gesetz hier im Ausdruck vergriffen hat, insofern statt der „Anklage" der Eröffnungsbeschluss gemeint ist [4]). Da jedoch Anklage und Eröffnungsbeschluss nur zwei Hälften eines Ganzen sind, so ist nicht zu bezweifeln, dass nur die von beiden

---

[29]) E. VI, 254; R. VI, 248, VII, 519 (abweichend III, 632); Löwe 1 zu § 257; Bennecke 549 Anm. 2; John III, 308.

[1]) Eines Beschlusses des Gerichts bedarf es hier nicht. Oben S. 518.

[2]) Abgesehen von den Ausnahmsfällen, in denen es eines Eröffnungsbeschlusses nicht bedarf; hier steckt die Klage allein den Raum für die Entscheidung ab.

[3]) Oben S. 209, IV a. E.

[4]) Bennecke 560; E. III, 407, IV, 195, VI, 164, IX, 347; John II, 249, 134.

in zusammenstimmender Weise bezeichnete Strafsache den Gegenstand der Entscheidung bildet.

Insoweit aber die Identität der That gewahrt bleibt, ist das Gericht in thatsächlicher wie in rechtlicher Hinsicht nicht eingeschränkt durch die Auffassung der Klage und des Eröffnungsbeschlusses. In thatsächlicher Hinsicht basiert die Entscheidung auf dem gesamten Material, wie es die Hauptverhandlung zu Tage gefördert hat[5]; Gegenstand der Urteilsfindung ist die That „wie sich dieselbe nach dem Ergebnisse der Verhandlung darstellt". Das ergiebt sich aus der Instruktionsmaxime von selbst, sodass besonders auch die völlige Unabhängigkeit des Gerichts von den Anführungen oder Nichtanführungen der Parteien selbstverständlich ist.

Auch in der juristischen Beurteilung der abzuurteilenden That, also in der Subsumtion des Sachverhalts unter das Gesetz, hat das Gericht völlig freie Hand[6]. Die That ist nicht bloss unter dem Gesichtspunkt, wie sie der Eröffnungsbeschluss oder wie sie die Parteien auffassen, sondern frei nach allen Seiten hin zu prüfen, und zwar von Amtswegen. Abweichungen von der Auffassung des Eröffnungsbeschlusses werden häufig — sehr schlecht — als „Klageänderung" bezeichnet[6a].

Beispiele für solche Abweichungen wären: Verurteilung wegen Unterschlagung, während der Eröffnungsbeschluss die That als Diebstahl ansah; Verurteilung wegen Betruges, während der Eröffnungsbeschluss die That als Urkundenfälschung ansah; Verurteilung wegen Anstiftung, während der Eröffnungsbeschluss unmittelbare Thäterschaft annahm; Verurteilung wegen Versuchs, während der Eröffnungsbeschluss Vollendung annahm; Verurteilung wegen eines Delikts statt wegen zweier selbständiger Delikte oder umgekehrt[7].

Bevor freilich das Gericht eine Verurteilung in Abweichung von der rechtlichen Auffassung des Eröffnungsbeschlusses ausspricht, muss es nach § 264 St.P.O. den Angeklagten auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes hinweisen und ihm Gelegenheit zur Verteidigung nach dieser Richtung hin geben, vorausgesetzt, dass es sich um ein Fallenlassen des im Eröffnungsbeschluss genannten „Strafgesetzes" zu Gunsten eines anderen „Strafgesetzes" handelt.

---

[5] E. XXIV, 370.
[6] Vgl. hierzu z. B. E. XXX, 11.
[6a] Vgl oben S. 479.
[7] Vgl. die zahlreichen Reichsgerichts-Entscheidungen bei Löwe 3a zu § 263.

„Strafgesetz" ist hier ebenso wie bei der Anklage und dem Eröffnungsbeschluss[8]) im engsten, eigentlichen Sinne zu verstehen. Deshalb bedarf es des Hinweises z. B. dann, wenn Verurteilung wegen Diebstahls statt wegen Unterschlagung eintreten soll; auch dann, wenn die mehreren Strafgesetze im Gesetz unter eine einheitliche Bezeichnung in einem Paragraphen zusammengefasst sind, z. B. wenn Verurteilung wegen Einbruchsdiebstahls statt wegen Einsteigediebstahls stattfinden soll[9]); selbst bei einem Strafgesetze, das sich in mehrere rechtlich einander gleichstehende Alternativen zerlegt (z. B. § 223a St.G.B.), wird der Hinweis für erforderlich zu erachten sein, wenn statt der einen Alternative zu der andern gegriffen werden soll[10]).

Ändert sich das anzuwendende Strafgesetz in der vorerörterten Weise, so ist der Hinweis stets erforderlich, wäre selbst das anzuwendende Gesetz gegenüber dem ausser Anwendung gesetzten das mildere[11]); denn die Verteidigung gegen den Vorwurf der leichteren Strafthat kann möglicherweise eine ganz andere Richtung einschlagen, als die sich gegen den Vorwurf der schwereren Strafthat richtende Verteidigung.

Bleibt dagegen das „Strafgesetz" dasselbe, so braucht der Angeklagte auf die etwaige Veränderung der rechtlichen Auffassung über die allgemeinen Strafbarkeitsmerkmale der That innerhalb dieses Strafgesetzes nicht hingewiesen zu werden (so z. B. nicht, wenn Haftung als Redakteur statt selbstthäterischer Schuld, Anstiftung statt Thäterschaft, Versuch statt Vollendung, Handlungseinheit statt -Mehrheit u. s. w. oder umgekehrt angenommen werden soll)[12]).

Der Hinweis auf Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes hat aber ausserdem nach § 264 Abs. 2 auch dann zu erfolgen, wenn Straferhöhungs-(Qualifizierungs-)gründe[13]) in der Hauptverhandlung neu behauptet werden.

Macht sich die Änderung des rechtlichen Gesichtspunktes in einer Absenzverhandlung geltend, so muss weitere Verhandlung zunächst inhibiert werden, da die

---

[8]) Oben S. 476 und S. 492.

[9]) Bennecke 562, übereinstimmend die Praxis des Reichsgerichts (Citate bei Löwe 3b zu § 264, dazu E. XXIX, 281).

[10]) In dieser Hinsicht abweichend E. III, 417, XVII, 440, XXX, 176; R. III, 87, IV, 62; Glaser II, 563; Stenglein 2 zu § 264, Meves G.A. XXXVIII, 107; v. Kries 572. Wie im Text Bennecke 563 Anm. 15; Löwe 3b zu § 264.

[11]) Bennecke 562. So auch die feststehende Praxis des Reichsgerichts, vgl. Citate bei Löwe 3b zu § 264.

[12]) Im Prinzip einverstanden das Reichsgericht, vgl. z. B. E. XXIX, 22. Von diesem Prinzip aus aber lassen sich zahlreiche Entscheidungen nicht aufrecht erhalten, so die bei Löwe 3c zu § 264 citierten.

[13]) Beling, Grundzüge 51; nach der Terminologie v. Liszts § 69, auch H. Meyers § 59 „Strafschärfungsgründe".

Abwesenheit des Angeklagten kein Grund ist, den Hinweis zu unterlassen[14]. Andererseits erfordert § 264 nicht, dass der Hinweis mündlich *in praesenti* erfolgen müsse. Es muss deshalb als ausreichend angesehen werden, wenn nach Aussetzung der ersten Absenzverhandlung in der Ladung zu dem neuen Termin (bezw. bei der Mitteilung von dem neuen Termin im Falle des § 232 St.P.O.[15]) der veränderte Gesichtspunkt dem Angeklagten aufgezeigt wird, worauf dann wieder Absenzverhandlung statthaft ist.

II. Ob die Entscheidung des Gerichts eine prozesserledigende oder nur eine laufende ist, richtet sich nach den oben[17]) entwickelten allgemeinen Regeln. Charakteristisch ist aber der Hauptverhandlung, dass hier die Sachentscheidung, also eine solche, die das Produkt einer Prüfung des Strafanspruchs (und eventuell der Nebenansprüche) ist, immer nur in Form des Urteils mit seinem oben[18]) geschilderten Inhalt erfolgen kann. Niemals darf das Gericht aus materiellrechtlichen Gründen etwa das Verfahren durch Beschluss einstellen, gewissermassen in nachträglicher Anwendung des — ja nur für das Eröffnungsverfahren massgebenden — § 202 St.P.O.[19]). Ebensowenig kann das Gericht in der Hauptverhandlung auf § 208 St.P.O. zurückkommen[20]). Aus dem Charakter des Hauptverfahrens ergiebt sich ferner die Unmöglichkeit, die Strafsache durch Beschluss etwa wieder in das Stadium des Vorverfahrens zurückzuversetzen[21]), insbesondere etwa die Führung einer Voruntersuchung anzuordnen.

Klar ist es ferner, dass das Gericht bei seiner Entscheidung nicht mehr auf solche zurückliegenden Prozessmängel zurückgreifen kann, die als inzwischen geheilt anzusehen sind. Das darf man aber nicht dahin verallgemeinern, dass das erkennende Gericht gehindert sei, die schon in einem früheren Stadium des Prozesses vorgenommene Prüfung des Vorliegens der Prozessvoraussetzungen zu wiederholen. Im Gegenteil muss auch noch das erkennende Gericht sich über das Gegebensein der Prozessvoraussetzungen vergewissern.

---

[14]) Übereinstimmend R. VII, 135, IX, 652; E. XII, 45, XVII, 19; Bennecke 527 Anm. 31; Meves G.A. XXXVIII, 256. A. M. Fuchs H. H. II, 69.

[15]) Oben § 119 Anm. 6.

[16]) Es bedarf also nicht einmal der — wie es scheint, vom Reichsgericht E. XII, 45; R. VII, 135 verlangten — neuen kommissarischen Vernehmung des Angeklagten.

[17]) §§ 81, 93 ff.

[18]) § 95 I.

[19]) Vgl. Bennecke 507 Anm. 4 gegen Stenglein 5 zu § 202.

[20]) Oben § 114 II; Bennecke 510; Löwe 5; Stenglein 7 zu § 208. A. M. John II, 723.

[21]) Vgl. oben S. 427.

War z. B. das Hauptverfahren schon einmal eingestellt gewesen, und ist auf Grund neuer Thatsachen oder Beweismittel (St.P.O. § 210) Klage erhoben und eröffnet worden, so hat auch noch das erkennende Gericht zu prüfen, ob wirklich neue Thatsachen und Beweismittel vorliegen[22]; denn § 210 will augenscheinlich ein neues Verfahren inhibieren, soweit nicht *nova* gegeben sind, und es ist schlechterdings nicht einzusehen, weshalb in diesem Falle bloss der Eröffnungsrichter die Zulässigkeit des Verfahrens prüfen soll.

Somit ergeben sich folgende Möglichkeiten:

1. Liegen alle Urteilsvoraussetzungen vor und ist die Sache spruchreif, so ergeht ein Urteil, lautend — wie oben dargestellt — auf Verurteilung oder Freisprechung (eventuell Straffreisprechung; oder Freisprechung verbunden mit Überweisung in eine Erziehungs- u. s. w. Anstalt) oder Einstellung des Verfahrens.

2. Gebricht es an einer Urteilsvoraussetzung, oder ist die Sache nicht spruchreif, so ergeht ein Beschluss[23].

a) Ist das Prozessverhältnis nicht in Ordnung, so ergeht eine prozesserledigende Formalentscheidung[24]. Ihr Tenor ist an eine bestimmte Formel nicht gebunden, es kann „das Verfahren eingestellt", oder „die Strafverfolgung für unzulässig erklärt werden" u. s. w.

Hat z. B. der Angeklagte rechtzeitig (§ 16 St.P.O.) den begründeten Einwand der örtlichen Unzuständigkeit geltend gemacht[25], so muss sich das Gericht darauf beschränken, durch Beschluss auszusprechen, dass weiteres Prozedieren vor ihm unzulässig sei[26]. Das Verfahren vor dem örtlich zuständigen Gericht muss dann von Grund aus neu beginnen.

Eine Sonderstellung nimmt hier aber der Fall ein, dass sich die Zugehörigkeit der Strafsache vor ein Gericht höherer Ordnung, also die sachliche Unzuständigkeit des Gerichts nach oben[27], ergiebt. In diesem Falle muss der Unzuständigkeit-erklärungsbeschluss des Gerichts über die blosse Negation der Zuständigkeit hinausgehend die Strafsache an das zuständige höhere Gericht verweisen, sodass sich der Beschluss von der einen Seite gesehen als prozesserledigende, von der anderen als laufende Entscheidung darstellt, § 270 St.P.O.

---

[22]) A. M. E. XXII, 187; Löwe 7 zu § 210.
[23]) Vgl. oben § 81 IV.
[24]) Vgl. Bennecke 556.
[25]) Ohne solchen Antrag ist ja die örtliche Unzuständigkeit als geheilt anzusehen, St.P.O. § 18, oben § 32 IV.
[26]) Bennecke 555; Löwe 4 zu §§ 16—18.
[27]) Oben S. 382.

Diese Bestimmung beugt der Folge vor, dass ein völlig neues Verfahren begonnen werden muss, indem hier die Rechtshängigkeit von einem Gericht auf das andere hinübergeschoben wird: der Beschluss vertritt die Stelle eines Beschlusses auf Eröffnung des Hauptverfahrens vor dem höheren Gericht. Ganz folgerichtig verordnet somit St.P.O. § 270 in Abs. 2 und 3, dass der Beschluss den Erfordernissen eines Eröffnungsbeschlusses (nach Form und Inhalt) entsprechen muss[28], dass er gleichermassen wie dieser unanfechtbar ist und er auch in seinen Wirkungen dem Eröffnungsbeschluss gleichgestellt ist[29].

Wird ein solcher Quasi-Eröffnungsbeschluss vom Schöffengericht erlassen, so ist eine nicht unerhebliche Folge die, dass die Strafsache ohne vorgängige Voruntersuchung an das Gericht höherer Ordnung gelangt, selbst insoweit als im normalen Verfahren eine Voruntersuchung notwendig gewesen wäre. Nach § 270 Abs. 4 ist jedoch bei Bekanntmachung des Beschlusses des Schöffengerichts dem Angeklagten eine Frist zu bestimmen, innerhalb deren er die kommissarische Vornahme einzelner Beweiserhebungen vor der Hauptverhandlung des Gerichts höherer Ordnung begehren kann[30].

Aus der Gleichstellung des Unzuständigkeitserklärungsbeschlusses mit dem Eröffnungsbeschlusse hat man folgern wollen, dass der erstere dem Angeklagten zugestellt werden müsse[30a]. Allein trotz der Gleichstellung bleibt der Beschluss doch immer ein in der Hauptverhandlung verkündeter Beschluss, der nach § 35 St.P.O. der Zustellung an den Angeklagten nur dann bedarf, wenn dieser bei der Verkündung nicht zugegen war[31].

Streitig ist, wieweit das Gericht die Hauptverhandlung durchführen muss, um den Beschluss *ex* § 270 zu erlassen. Richtiger Ansicht nach ist zu unterscheiden:

*a*) Nannte schon der Eröffnungsbeschluss eine Qualifikation der That, die über die Zuständigkeit hinausging, so fehlte es von vornherein an einer Urteilsvoraussetzung, mithin ist keinesfalls eine Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung erforderlich[32]; ja es kann sogar nach dem oben S. 518 Gesagten ohne Eintritt in die Hauptverhandlung

---

[28]) Also muss besonders „hinreichender Verdacht" der That im Sinne der schwereren, die höhere Zuständigkeit begründenden Rechtsauffassung vorliegen, vgl. oben S. 383.

[29]) Daher wird er z. B. in der Hauptverhandlung vor dem höheren Gericht an Stelle des Eröffnungsbeschlusses verlesen.

[30]) Vgl. hierzu oben S. 489.

[30a]) So Keller 14 zu § 270. Auch Meves J. L.-Bl. VII, 133 scheint Zustellung schlechthin zu verlangen.

[31]) Ebenso Löwe 11 zu § 270; E. IV, 373; Bennecke 519, 554 Anm. 34; Stenglein 12 zu zu § 270.

[32]) Ebenso Löwe 2 zu § 270; E. IX, 324; R. V, 696; Bennecke 553 Anm. 31; Stenglein 3 zu § 270.

dem Verfahren ein Ende gemacht werden (dann allerdings ohne Verweisung an das zuständige Gericht, sodass das Verfahren neu zu beginnen hat).

β) Stellt sich dagegen die schwerere Qualifikation der That erst in der Hauptverhandlung heraus, so muss die letztere so zu Ende geführt werden, dass das Gericht einen vollen Überblick gewinnt, nicht anders, wie wenn ein Urteil erfolgen sollte[33]).

b) Ist das Prozessverhältnis an sich in Ordnung, so kann nur eine laufende Entscheidung ergehen.

So in dem Falle, dass sich die Hauptverhandlung als fehlerhaft erweist (z. B. wegen Mangels ordnungsmässiger Ladung des Angeklagten), oder ein Abbrechen notwendig wird. Zu einem Abbrechen der Verhandlung führt z. B. das Fehlen der Spruchreife, das Notwendigwerden noch weiterer Beweiserhebungen. In diesem Falle ist ein Beweisbeschluss zu erlassen; niemals kann etwa wegen Mangels an derzeitigem Beweis eine „einstweilige Lossprechung", *absolutio ab instantia*, ausgesprochen werden. Wäre kein weiteres Beweismaterial in Sicht, so müsste bei vorliegendem *non liquet* Freisprechung erfolgen[34]).

Sollen noch weitere Beweise erhoben werden, so kann unter Umständen eine weitere Vorbereitung dieser neuen Beweiserhebung notwendig werden, z. B. Ermittelung des Namens oder Wohnorts von Zeugen u. s. w. Das Gesetz verbietet nicht, dass die Akten zur Vornahme dieser Ermittelungen der Staatsanwaltschaft zugestellt werden, das Gericht kann diese Ermittelungen aber auch selbst vornehmen.

Ein Abbrechen der Verhandlung wird unter Umständen auch dadurch herbeigeführt, dass sich der rechtliche Gesichtspunkt verschoben hat, § 264 St.P.O.[35]). In diesem Falle hat nämlich das Gericht auf Antrag oder von Amtswegen die Hauptverhandlung auszusetzen, falls dies infolge der veränderten Sachlage zur genügenden Vorbereitung der Anklage oder der Verteidigung angemessen erscheint, St.P.O. § 264 Abs. 4[36]). Geradezu ein Recht auf Aussetzung hat hierbei der Angeklagte dann, wenn

1. die neu hervorgetretenen Umstände entweder zur Anwendung eines schwereren Strafgesetzes oder eines Straferhöhungsgrundes führen,

2. der Angeklagte diese neuen Umstände bestreitet und

3. er behauptet, auf die Verteidigung nicht genügend vorbereitet zu sein, § 264 Abs. 3.

---

[33]) Löwe 3 zu § 270; Bennecke 553.
[34]) Oben S. 378.
[35]) Oben S. 532.
[36]) Dieser § 264 Abs. 4 bezieht sich natürlich nur auf den Fall, dass der Angeklagte in der Hauptverhandlung zugegen ist. Verschiebt sich der rechtliche Gesichtspunkt in einer Absenzverhandlung, so ist ein Abbrechen unerlässlich auch wo die Voraussetzungen des § 264 Abs. 4 nicht vorliegen; oben S. 533.

Doch cessiert dieses Recht in den Hauptverhandlungen vor den Schöffengerichten, § 264 Abs. 5. —

Je nach den Umständen bewirkt diese laufende Entscheidung nur eine Pause in der Hauptverhandlung, sodass diese nach der Unterbrechung einfach an dem Punkte wieder aufgenommen wird, wo sie abgebrochen wurde[87]), oder aber es kommt zu einer völlig neuen Hauptverhandlung derart, dass die bisherige Verhandlung hinfällig wird und nicht mehr als Urteilsgrundlage verwertbar bleibt.

III. Die abschliessende Entscheidung ist zu verkünden. Die Verkündung ist ein Teil der Hauptverhandlung, deshalb gilt für sie alles, was oben[88]) bezüglich der Notwendigkeit der Anwesenheit des Gerichts u. s. w. gesagt ist. Dies muss auch gelten in dem Falle, dass die Verkündung in einem besonderen Publikationstermin (vgl. nachstehend) erfolgt[88a]).

Grundsätzlich soll die Verkündung der Entscheidung sofort im unmittelbaren Anschluss an die Verhandlung erfolgen. Doch erfolgt die Verkündung des Urteils noch rechtzeitig, wenn sie spätestens mit Ablauf einer Woche nach Schluss der Verhandlung in einem besonderen Publikationstermin geschieht, § 267 St.P.O. Ist aber diese siebentägige Nachfrist versäumt, so ist damit die Hauptverhandlung zum Torso geworden, eine nachträgliche Urteilsverkündung ist unstatthaft geworden, es muss von neuem mit der Hauptverhandlung begonnen werden[89]).

Der Publikationstermin ist an sich nicht zum Neueintritt in die Verhandlung da, sondern lediglich zur Verkündung der Entscheidung. Aber irgend eine Präklusion wird durch ihn nicht bewirkt. Das Gericht kann auch in diesem Termin noch erneut in die Verhandlung eintreten, insbesondere eine Beweisaufnahme bewirken[40]). Kommt im Publikationstermin eine Beweisaufnahme in Frage, wird namentlich von einer Partei ein Beweisantrag gestellt, so hat das Gericht sogar die Verpflichtung, diesen Punkt in derselben Weise, wie zuvor, zu prüfen[41]).

---

[87]) Das ist natürlich nur möglich, wenn das erste Stück der Hauptverhandlung nicht in sich fehlerhaft war, ausserdem aber ist die zeitliche Schranke des § 228 St.P.O. zu beachten.

[88]) § 120 II.

[88a]) Doch werden für diesen Fall mitunter Einschränkungen gemacht, vgl. Löwe 2a zu § 267, E. IX, 341; Puchelt 2 zu §§ 229—233, 4 zu § 267.

[89]) E. XXVII, 116; Bennecke 552, Anm. 23. — Vgl. oben § 70 III.

[40]) Bennecke 552. Vgl. Meves G.A. XL, 417.

[41]) A. M. Bennecke 552. Wie im Text Reichsgericht, G.A. XLIV, 37. E. III, 116, R. II, 631; Meves a. a. O.

Ist freilich der Publikationsterminstag länger als um drei Tage von dem Schluss der Verhandlung entfernt, und ergiebt sich die Notwendigkeit eines erneuten Eintritts in die Verhandlung, so ist nach der auch hier Platz greifenden allgemeinen Regel des § 228 St.P.O. eine blosse Fortsetzung der Verhandlung unstatthaft, und eine *ab initio* neue Hauptverhandlung nötig[42]).

In jedem Falle müssen, wenn statt blosser Publikation neu verhandelt wird, die Vorschriften über die Anwesenheit der zur Hauptverhandlung erforderlichen Personen beobachtet werden[43]).

### β) Die schwurgerichtliche Hauptverhandlung insbesondere.

## § 123.

### *1. Die Bildung der Geschworenenbank und deren Funktionen.*

I. Das Verfahren vor den Schwurgerichten folgt bis zur Hauptverhandlung den oben dargestellten gewöhnlichen Regeln[1]), § 276 St.P.O. Nur ergiebt sich aus dem Umstande, dass die Schwurgerichte nur als erkennende Gerichte und nur periodisch zusammentreten, die Notwendigkeit, dass als beschliessendes Gericht die Strafkammer für das Schwurgericht fungiert, § 72 G.V.G., dass auch das Schwurgericht als erkennendes Gericht ausserhalb der Dauer der Sitzungsperiode durch die Strafkammer vertreten wird, daselbst § 82, und dass der Vorsitzende der Strafkammer solange als Vorsitzender des Schwurgerichts fungiert, bis dieser ernannt ist, daselbst § 83.

Eine einzelne Sondervorschrift für die Vorbereitung der schwurgerichtlichen Hauptverhandlung giebt § 277 St.P.O., demzufolge die Spruchliste der Geschworenen dem Angeklagten, wenn er sich nicht auf freiem Fusse befindet, zugestellt, anderenfalls für ihn auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht niedergelegt werden muss, und auch etwaige spätere Veränderungen der Spruchliste dem Angeklagten mitzuteilen sind.

II. Dagegen weist die schwurgerichtliche Hauptverhandlung eine Reihe sehr wesentlicher Besonderheiten auf, die hier und in den folgenden Paragraphen darzustellen sind. Eigengeartet ist schon der Beginn der Hauptverhandlung. Die schwurgerichtliche Hauptverhandlung beginnt mit der Bildung der mit 12 Geschworenen zu

---

[42]) Bennecke 552.

[43]) Oben § 120 II, Reichsgericht G.A. XLIV, 272 (Verteidiger), E. III, 116, R. II, 631, V, 587 (dieselben Gerichtspersonen); Stenglein 5; Löwe 2a zu § 267; Bennecke 552 Anm. 24.

[1]) Beachte § 176 Abs. 1 St.P.O. und oben § 117 II 1.

bestehenden Geschworenenbank, § 278 St.P.O. „Die prozessuale Behandlung der Schwurgerichtsfälle unterscheidet sich von der aller anderen Straffälle u. a. dadurch, dass sie bei Beginn der Hauptverhandlung das Gericht noch unfertig finden, das sie entscheiden soll“ [2]).

Die Bildung der Bank erfolgt durch Auslosung der Zwölf aus der Spruchliste [3]), St.P.O. § 278. Bevor aber zur Auslosung geschritten wird, erfolgt die Purgation der Spruchliste durch Ausscheidung der zum Geschworenenamt Unfähigen (G.V.G. § 32) und der kraft Gesetzes Ausgeschlossenen (St.P.O. § 22) nach näherer Massgabe des § 279 St.P.O. Infolge dieser Purgation ergiebt sich die Möglichkeit, dass sich die Zahl der von Hause aus auf die Spruchliste gesetzten Geschworenen (30) verringert; eine weitere — faktische — Verringerung ist möglicherweise dadurch bedingt, dass nicht sämtliche Geschworenen zur Stelle sind. Gleichwohl kann zur Bildung der Bank geschritten werden, wofern nur die Zahl der Erschienenen, die nicht ausgeschieden worden sind, 24 beträgt. Im anderen Falle müsste die Zahl zunächst aus der Liste der Hülfsgeschworenen [4]) durch Loosziehung in öffentlicher Sitzung [5]) auf 30 ergänzt werden; dann würden die zugezogenen Hülfsgeschworenen geladen werden, und es könnte zur Bildung der Bank geschritten werden, sobald infolge des Erscheinens von Hülfsgeschworenen die Zahl 24 erfüllt wäre, St.P.O. § 280 Abs. 1—4 [6]).

Die Namen der Geschworenen, die anwesend und nicht ausgeschieden sind, werden alsdann in die Loosurne gelegt. Die Bildung der Bank geschieht in öffentlicher Sitzung so, dass der Vorsitzende aus der Urne das Loos zieht und den gezogenen Namen aufruft. Im unmittelbaren Anschluss an dem Aufruf haben nunmehr die Parteien Gelegenheit, ihr Ablehnungsrecht geltend zu machen. Die Staatsanwaltschaft sowohl wie der Angeklagte haben das Recht, jeden Geschworenen ohne Angabe von Gründen abzulehnen, so jedoch, dass mit Erreichung einer bestimmten Zahl von Ablehnungen das Recht sich erschöpft. Da nämlich jedenfalls 12 Geschworene unabgelehnt bleiben müssen, um die Bank zu bilden, so können nur

[2]) Binding Grdr. 198.
[3]) Über die Entstehung der Spruchliste s. oben 53—54.
[4]) Oben 54 sub. c).
[5]) Die natürlich ein Akt der Justizverwaltung, nicht etwa ein Teil der Hauptverhandlung ist.
[6]) Erscheinen in einer späteren Hauptverhandlung derselben Sitzungsperiode mehr als 30 Geschworene, so treten die überzähligen Hülfsgeschworenen in der umgekehrten Reihenfolge ihrer Ausloosung zurück, § 280 Abs. 5 St.P.O.

soviel Geschworene abgelehnt werden, als über 12 zur Ausloosung stehen, also höchstens 30—12=18, mindestens 24—12=12.

In dem Falle, dass die Zuziehung von Ergänzungsgeschworenen angeordnet ist[7]), bewirkt die dadurch bedingte Erhöhung der unablehnbaren Geschworenen gleichzeitig eine entsprechende Verminderung der Zahl der Ablehnungen, § 285 St.P.O.

In die zulässige Zahl von Ablehnungen teilen sich die Staatsanwaltschaft und der Angeklagte je zur Hälfte. Wenn die Zahl nicht durch 2 teilbar ist (d. h. also wenn die Namen in der Urne sich auf 25, 27, 29 belaufen, also die Zahl der Ablehnungen 13, 15, 17 beträgt), so hat der Angeklagte eine Ablehnung mehr als die Staatsanwaltschaft. Richtet sich die Hauptverhandlung gegen mehrere Angeklagte, so haben sie zusammen die Hälfte der Ablehnungen[8]). Das Ablehnungsrecht haben sie alsdann gemeinschaftlich auszuüben; käme eine Einigung zwischen ihnen nicht zu Stande, so würde — äusserstenfalls unter Zuhülfenahme des Looses — eine Verteilung der Ablehnungen unter ihnen stattfinden, § 284 St.P.O.

Über Ablehnung oder Nichtablehnung haben sich die Parteien sofort nach dem Aufruf eines jeden aus der Urne gezogenen Namens schlüssig zu machen; die Erklärung erfolgt durch die Worte „angenommen“ oder „abgelehnt“ ohne Angabe von Gründen; Schweigen gilt als Annahme. Zu Gunsten des Angeklagten ist bestimmt, dass zuerst die Staatsanwaltschaft ihre Erklärung abzugeben hat: lehnt sie den Geschworenen ab, so braucht sich der Angeklagte natürlich nicht mehr zu erklären, er spart dadurch also eventuell eine Ablehnungserklärung, § 283 St.P.O. Die abgegebene Erklärung wird mit dem Augenblick unwiderruflich, in dem ein fernerer Name aus der Urne gezogen oder die gesamte Ziehung für beendet erklärt ist, § 283 Abs. 3 St.P.O.

Die Bildung der Bank ist beendet, sobald 12 nicht abgelehnte Namen (eventuell noch soviel Namen mehr, als Ergänzungsgeschworene mit zugegen sein sollen,) aus der Urne hervorgegangen sind. An die Bildung der Bank schliesst sich in öffentlicher Sitzung die — gleich-

---

[7]) Vgl. oben S. 386.

[8]) Sind also 4 Angeklagte vorhanden, und 15 Geschworene ablehnbar, so hat nicht etwa die Staatsanwaltschaft und jeder der 4 Angeklagten je 3 Ablehnungen, sondern die Staatsanwaltschaft 7, und die 4 Angeklagten zusammen 8.

[9]) Nicht schon vorher; es kann daher der Staatsanwalt seine Annahmeerklärung auch nach Annahmeerklärung des Angeklagten noch bis zu dem oben im Text bezeichneten Zeitpunkt widerrufen. Keller 2; Löwe 5; Stenglein 2; v. Bomhard-Koller 2 zu § 283. A. M. Puchelt 4; Dalcke 3 zu § 283; Süss, Stellung der Parteien 370.

[10]) Vgl. dazu H. Meyer H. H. II, 125; Geyer 320; Ullmann 145.

falls zur Hauptverhandlung gehörige — Vereidigung der 12 Geschworenen für die zu verhandelnde Sache (Spezialbeeidigung[10]) an, § 288 St.P.O.

Da die Bildung der Bank ein Stück der Hauptverhandlung ist so kann sie nur in Anwesenheit sämtlicher für die Hauptverhandlung erforderlicher Personen[11]) stattfinden; und sollte später in derselben Sache nach Abbruch der früheren Hauptverhandlung eine neue stattfinden, so muss in dieser eine völlige Neubildung der Bank erfolgen, § 287 St.P.O.[12]). Für jede Hauptverhandlung[13]) wird eine besondere Geschworenenbank gebildet. Ausnahmsweise kann (nicht muss) jedoch die in einer Strafsache gebildete Geschworenenbank in eine am selben Tage — aber nicht notwendig als nächstfolgende Sache[14]) — anstehende[15]) andere Strafsache hinübergenommen werden, § 286 St.P.O. Vorausgesetzt ist dabei, dass die in der zweiten Sache Angeklagten nach Bildung der Bank, aber vor Vereidigung der Geschworenen auf Befragen erklärt haben, dass sie die Bank annehmen[16]), dass auch die Staatsanwaltschaft sich mit der Beibehaltung einverstanden erklärt hat, und dass die Vereidigung in der ersten Hauptverhandlung sich auch auf die spätere Sache miterstreckt hat, und die späteren Angeklagten hierbei zugegen gewesen sind[17]).

Die eben erwähnte Annahmeerklärung ist nicht etwa ein Stück der Hauptverhandlung in der späteren Sache[18]). Deshalb brauchen auch die Personen, die später in der Hauptverhandlung zugegen sein müssen, (der Gerichtshof in der Besetzung,

---

[11]) Oben § 120 II.

[12]) Anders natürlich, wenn es sich nur um eine blosse Fortsetzung innerhalb der Frist des § 228 St.P.O. handelt.

[13]) Nicht „für jede Sitzung". Zieht sich eine Hauptverhandlung hin durch mehrere Sitzungen, wird sie z. B. in der Montagssitzung angefangen, in der Dienstagssitzung fortgesetzt, so bedarf es doch nur einer Bankbildung. Umgekehrt: Stehen an einem Sitzungstage mehrere Hauptverhandlungen in verschiedenen Strafsachen an, so bedarf es grundsätzlich — mit der im Text sogleich zu erwähnenden Ausnahme — mehrerer Bankbildungen.

[14]) Bennecke 580 Anm. 22, vgl. aber Löwe 8 zu § 286.

[15]) Massgebend ist, ob die betreffende Sache auf denselben Tag anberaumt ist. Auch wenn sie schliesslich nicht am selben Tage zur Verhandlung kommt (z. B. weil die erste Sache sich über den Tag hinaus hinzieht), kann doch die Beibehaltung der Geschworenenbank unter den Voraussetzungen des Textes erfolgen; Bennecke 579 Anm. 18.

[16]) *En bloc;* eine beschränkte Annahme wäre Ablehnung der Bank.

[17]) Bennecke 584 Anm. 46; Löwe 1, 5; Stenglein 2 zu § 288.

[18]) A. M. Bennecke 580 Anm. 21, der aus seiner gegenteiligen Auffassung heraus folgert, dass der Angeklagte der späteren Sache sogar schon bei der Ausloosung zugegen sein müsse, wovon im Gesetz nichts steht. Die Gegenwart des Angeklagten bei der Ausloosung wird zweckmässig sein, geboten ist sie nicht. So Löwe 6; Stenglein ** zu § 286.



wie er in der Hauptverhandlung fungieren wird, der Verteidiger u. s. w.) hierbei noch nicht zugegen zu sein[19]).

Wird die Geschworenenbank solchergestalt in der nächsten Sache beibehalten, so ist in dieser nächsten Sache der Beginn der Hauptverhandlung natürlich nicht an die Bildung der Bank und die Beeidigung[20]) der Geschworenen geknüpft, da diese Akte ja bereits vorüber sind, es greift dann vielmehr (*argum.* § 276 St.P.O.) die gewöhnliche Regel des § 242 St.P.O.[21]) Platz.

III. Das Schwurgericht ist nicht wie die übrigen Gerichte ein einheitliches Kollegium, das ungeteilt zur Fällung sämtlicher in der Hauptverhandlung erforderlich werdender Entscheidungen berufen wäre. Vielmehr zerlegt es sich in zwei getrennte Kollegien, von denen jedes für sich seine eigenen Aufgaben hat: den Gerichtshof, das sind die drei berufsrichterlichen Mitglieder des Schwurgerichts, und die Geschworenenbank.

Alle Entscheidungen prozessualer Natur, also sämtliche Beschlüsse sowie Formalurteile, sind in vollem Umfang ausschliesslich Sache des Gerichtshofes[22]); dieser entscheidet also besonders darüber, ob ein gültiger Strafantrag vorliegt.

Die materiellrechtliche Entscheidung dagegen ist gespalten[23]); das Prinzip ist das:

**Über die Schuldfrage entscheiden die Geschworenen,** § 81 G.V.G; **über die Straffrage** (und die anderweiten materiellrechtlichen Fragen, betreffend Busse, Einziehung u. s. w.) **der Gerichtshof.**

Indem den Geschworenen die Entscheidung über die Schuldfrage zugewiesen ist, sind sie in die Notwendigkeit versetzt, nicht bloss zu entscheiden, ob diese und jene Thatsachen erwiesen seien (Thatfrage), sondern auch die Subsumierbarkeit dieser Thatsachen unter das Strafgesetz zu prüfen (Rechtsfrage)[24]). Selbst-

[19]) Richtig Frank Z. X, 596. Inkonsequent das Reichsgericht: E. XVIII, 361 verlangt Gegenwart des Verteidigers; E. XXIX, 337 entscheidet gegenteilig bezüglich des Gerichtshofs.

[20]) Nicht zutreffend Bennecke 580; vgl. 584 Anm. 46.

[21]) Oben § 120 a. E.

[22]) Deshalb können die Geschworenen z. B. keinen Beweisbeschluss erlassen. Vgl. E. XXVI, 272. Abweichend Meves G.A. XL, 423.

[23]) Die Spaltung ist überaus verfehlt, vgl. Binding, Grdr. 95.

[24]) Als das moderne Schwurgericht um die Mitte des 19. Jahrhunderts in Deutschland rezipiert wurde, spielte eine Hauptrolle das Dogma, dass der „mitten im Leben stehende" Geschworene die Thatsachen „des Lebens" viel besser zu beurteilen wisse als der Richter. Man wollte deshalb dem Richter *(juge du droit)* die Entscheidung der Rechtsfrage belassen, die Thatfrage aber den Geschworenen *(juges du fait)* übertragen. Die deutschen Partikulargesetzgebungen bemühten sich, in Anlehnung an das französische Recht, die Schwurgerichtsverfassung in dieser Weise zu gestalten. Es

verständlich sind die Geschworenen hierbei dem positiven Recht unterworfen, sie haben nicht etwa das Recht zu finden, zu schöpfen, wie die Volksgerichte der älteren Rechtsgeschichte, sondern lediglich anzuwenden. Sie haben nicht zu prüfen, ob die That nach ihrer Meinung strafwürdig, sondern ob sie nach dem geltenden Recht strafbar ist.

Von dem Prinzip, wonach die Schuldfrage von den Geschworenen, die Straffrage von dem Gerichtshof beantwortet wird, macht das Gesetz eine Ausnahme, indem es neben der Schuldfrage die — zur Straffrage gehörige — Frage nach mildernden Umständen den Geschworenen zuweist, § 297 St.P.O.[25]).

*2. Die Fragestellung an die Geschworenen.*

## § 124.

### aa) Allgemeines.

I. Mit Rücksicht darauf, dass die Geschworenen anders als die Schöffen ihre Entscheidung ohne Leitung eines Richters zu fällen haben, sich selbst überlassen sind, dass aber bei ihrer wenigstens regelmässig vorhandenen Gesetzesunkenntnis ein spontanes Aussprechen einer Entscheidung unmöglich ist, hat das Gesetz sich gezwungen gesehen, den von den Geschworenen zu fällenden Spruch als blosse Antwort auf Fragen, die das Gericht formuliert, zu konstruieren. Diese Fragen bilden den notwendigen Durchgangspunkt zur Erzielung eines Geschworenenspruches. In Abweichung von der gewöhnlichen Hauptverhandlung schiebt sich deshalb in der schwurgerichtlichen Hauptverhandlung zwischen die Beweisaufnahme und die Plaidoyers der Parteien die Fragestellung an die Geschworenen[1]) ein.

---

zeigte sich aber, dass die Trennung praktisch undurchführbar war. Vgl. Binding, Grdr. 95; H. Meyer, That- und Rechtsfrage im Geschworenengericht (1860); v. Bar, Recht und Beweis im Geschworenengericht (1865); Dalcke, Fragestellung 1.

[25]) Diese Bestimmung, durch die Reichsjustizkommission in das Gesetz hineingebracht, war ein Fehlgriff, der in das ohnehin verwerfliche Schwurgerichtsinstitut noch einen speziellen Konstruktionsfehler hineinträgt. Bei Bejahung der „mildernden Umstände" durch die Geschworenen kann es nämlich kommen, dass das Gericht, (das ja in Unkenntnis darüber bleibt, welche Thatsachen die Geschworenen als „mildernde Umstände" angesehen haben) dieselben Thatsachen, die schon die Geschworenen als mildernde Umstände benutzt haben, noch einmal als Strafmilderungsgründe innerhalb des bereits ihretwegen herabgesetzten Strafrahmens benutzt, und umgekehrt, dass Umstände, die eine milde Beurteilung des Angeklagten heischen, vom Gericht nicht berücksichtigt werden, weil es fälschlich annimmt, diese Umstände seien schon als „mildernde" zur Geltung gekommen.

[1]) Dalcke, Fragestellung und Verdikt, 2. Aufl. 1898.

Aus dem Umstande jedoch, dass die Geschworenen nur „in der Sache selbst", nur über den Strafanspruch zu befinden haben, und dass es zu solcher Prüfung des Strafanspruchs erst dann kommen kann, wenn das Prozessverhältnis in Ordnung befunden worden ist, ergiebt sich in logischer Folgerung, dass es zu einer Fragestellung dann nicht kommt, wenn prozessuale Hindernisse vorliegen, mit anderen Worten: B e s c h l ü s s e und F o r m a l urteile werden o h n e Fragestellung an die Geschworenen vom Gerichtshof erlassen [2]).

Ist aber kein Anlass, einen Beschluss oder ein Formalurteil zu erlassen, gegeben, so m u s s das Gericht die Fragen an die Geschworenen richten, und zwar auch dann, wenn sich nach allseitigem Einverständnis die Unschuld des Angeklagten herausgestellt hat. Zu einer Freisprechung so gut wie zu einer Verurteilung kann das Gericht ausnahmslos nur durch einen Spruch der Geschworenen hindurch gelangen.

II. Dass die Fragenstellung sämtliche Thaten, wegen deren das Hauptverfahren eröffnet ist, und die durch § 265 St.P.O. [3]) mit Gegenstand der Verhandlung geworden sind [4]), erschöpfen muss, ist selbstverständlich, denn anderenfalls blieben etliche Thaten *in lite* [5]).

III. Die zu stellenden Fragen werden durch den Vorsitzenden entworfen. Der Entwurf wird nach Schluss der Beweisaufnahme verlesen, Abschrift davon kann — und soll [6]), falls es beantragt wird, — den Geschworenen, der Staatsanwaltschaft und dem Angeklagten mitgeteilt werden. Jeder Geschworene, die Staatsanwaltschaft und der

---

[2]) Bennecke 585 Anm. 4 und die gemeine Meinung, so E. V, 327; R. IX, 226; Löwe 3 zu § 289; Dalcke, Fragestellung 20, 17 Anm. 14, 159 Anm. 9; Ruhstrat G.A. XXIX, 57; Stenglein 2; Puchelt 3 zu § 289; v. Schwarze 4 zu § 290 — wenn auch zum Teil in ungerechtfertigter Ausdehnung (z. B. auf den Fall, dass Verjährung angenommen wird u. s. w.). v. Kries 608 will bei Antragsdelikten die Geschworenen über das Gegebensein eines Antragsdelikts befragt wissen, wenn anders das Gericht ein Einstellungsurteil solle erlassen können. Diese Auffassung verkennt, dass das Einstellungsurteil gerade zum Ausdruck bringt, es könne wegen mangelnden Antrags in eine Prüfung des Strafanspruchs n i c h t eingetreten werden, vgl. oben S. 381. Dagegen muss natürlich ein mit dem Antragsdelikt konkurrierendes Offizialdelikt zur Kognition der Geschworenen gebracht werden; dies besonders dann, wenn der Eröffnungsbeschluss auf das Offizialdelikt lautete. Die sich alsdann ergebenden Kollisionen zwischen Einstellung einerseits, Verurteilung oder Freisprechung andererseits sind oben § 95 I 2 besprochen.

[3]) Oben S. 488.

[4]) Dass § 265 St.P.O. auch auf das schwurgerichtliche Verfahren Anwendung findet, wird von der H. M. anerkannt, vgl. E. IV, 77; R. III, 225; Keller 2; Puchelt 4; Löwe 4; Stenglein 3 zu § 265; v. Schwarze 15 zu § 293. A. M. Voitus 2 zu § 294; Dalcke 88.

[5]) Vgl. oben § 122 I 1.

[6]) Vgl. dazu Dalcke 109.

Angeklagte können verlangen, dass die Verhandlung zur Prüfung des Entwurfs auf kurze Zeit unterbrochen werde, § 290 St.P.O.

Wenn gegen den Entwurf des Vorsitzenden weder von einem der Geschworenen, noch von der Staatsanwaltschaft, noch von dem Angeklagten Bemängelungen erhoben oder Abänderungs- oder Ergänzungsanträge angebracht werden, und auch keiner der Beisitzer gerichtliche Feststellung der Fragen verlangt, so bleibt der Entwurf ohne weiteres massgebend.

Anderenfalls hat der Gerichtshof die endgültige Feststellung der Fragen, die sodann in der neuen Redaktion abermals zu verlesen sind, § 291 St.P.O. Bei der Beschlussfassung hat das Gericht dem Entwurfe des Vorsitzenden gegenüber volle Freiheit, es ist nicht auf Prüfung der Zulässigkeit beschränkt, sondern hat auch die Zweckmässigkeit zu prüfen.

Werden Anträge auf Vorlegung einer Hülfs- oder Nebenfrage gestellt, so ist das Gericht diesen gegenüber insofern unfrei, als die Stellung der Fragen nur „aus Rechtsgründen“ abgelehnt werden darf, § 296 St.P.O., d. h. nur dann, wenn ihre Stellung rechtlich unzulässig oder rechtlich bedeutungslos ist, nicht wenn sie unzweckmässig erscheint[7]).

Präklusiv wirkt die Feststellung der Fragen nicht; auch nachher noch ist eine Abänderung der Fragen möglich, und eine Zurückweisung von Einwendungen und Abänderungsanträgen mit der Begründung, dass sie jetzt zu spät kämen, unmöglich[8]). Ist freilich ein korrekter, keine Handhabe für ein Berichtigungsverfahren bietender Spruch von dem Obmann der Geschworenen kundgegeben, so ist damit das Stadium der Fragestellung überholt, und es lässt sich nunmehr an den Fragen nichts mehr ändern[9]). Selbst dann, wenn gerade der Spruch zeigt, dass es am Platze gewesen wäre, noch weitere Fragen zu stellen, ist keine Möglichkeit, diese Fragen jetzt noch nachzuholen[10]).

Würde dagegen gegen einen Geschworenenspruch ein Berichtigungsverfahren eingeleitet, so wäre durch den Spruch einer Änderung der Fragen kein Riegel vorgeschoben, St.P.O. § 311 Abs. 2.

---

[7]) Bennecke 605 Anm. 24; Löwe 1 Abs. 2; Stenglein 1 zu § 296; Dalcke 17, 90.

[8]) Vgl. oben § 79, V.

[9]) E. VII, 345, XI, 168, XVI, 126, XXX, 403; R. VI, 537, VII, 497, X, 349, IX, 340; Löwe 5a, Stenglein 3 zu § 291; Ullmann 507; v. Kries 605; Dalcke 12.

[10]) E. XVI, 126; R. IX, 340; v. Kries 606; Löwe 5a zu § 291; Dalcke 13 A. M. Meves, G.A. XXXV, 400.

IV. Die Formulierung der Fragen empfängt ihre Direktiven zunächst aus dem materiellen Strafrecht. Denn da die Geschworenen die volle Rechtsfrage mit zu entscheiden haben[11], so ergiebt sich grundsätzlich, dass die Fragestellung sich eng an den Wortlaut der anzuwendenden Gesetze anlehnen muss[12].

Es muss gefragt werden: „Ist der Angeklagte schuldig, einen Menschen vorsätzlich getötet und die Tötung mit Überlegung ausgeführt zu haben?“ (nicht: Ist der Angeklagte „des Mordes“ schuldig?)[13]; es muss gefragt werden: „Hat der Angeklagte die zur Erkenntnis der Strafbarkeit seiner Handlung erforderliche Einsicht besessen?“ (nicht: Ist der Angeklagte bei Begehung der That strafreif gewesen?); es muss gefragt werden: „Liegen mildernde Umstände vor?“ (nicht: Hat der Angeklagte in Not gehandelt? oder dergl.).

Die gesetzliche Formel darf also nicht willkürlich verändert werden, es darf z. B. nicht die Wendung „einen Menschen“ in § 211 St.G.B. ersetzt werden durch die Worte „den Arbeiter N. N.“[14].

Andererseits genügt aber die Wiederholung der kahlen Formel deshalb nicht, weil dabei nicht zu erkennen wäre, auf welche Strafsache sich die Frage bezieht, weil demgemäss die Identität des Fragegegenstandes Anzweifelungen erleiden könnte. Deshalb bedarf es noch der Individualisierung oder Identifizierung[15] durch Hinzufügung solcher Merkmale, die zur Unterscheidung der That von anderen dienen, so namentlich der Angabe von Zeit und Ort der That, eventuell noch von weiteren Modalitäten.

---

[11]) Oben S. 543.

[12]) Solche Begriffsmerkmale, die in der gesetzlichen Formel nicht ausdrücklich ausgesprochen sind, sondern stillschweigend vorausgesetzt werden *(subintelligenda)*, brauchen daher nicht hinzugesetzt werden (z. B. das „rechtswidrig“ in § 211 St.G.B.), wenn auch die Hinzusetzung oft zweckmässig sein mag und nicht unstatthaft ist. Vgl. R. VII, 186; E. XII, 112; Bennecke 593; Freudenstein G.A. XXXI, 100. A. M. H. Meyer H.H. II, 149; Birkmeyer 653 (die *subintelligenda* müssten in die Frage aufgenommen werden); Dalcke 65; Löwe 3c zu § 293 (die Aufnahme sei unzulässig) Wo aber die gesetzliche Formel den Inhalt eines anderen Gesetzesparagraphen in einer Abbreviatur verwertet, (wie z. B. § 350 St.G.B. im Verhältnis zu § 246 daselbst, § 311 St.G.B. im Verhältnis zu § 306 daselbst) da muss der Wortlaut auch des in Bezug genommenen Paragraphen in die Frage mit hineingenommen werden (also muss z. B. das „unterschlägt“ in § 350 aufgelöst werden nach Massgabe des § 246). E. XII, 112. Genauer handelt hierüber Bischoff, G.A. XLII, 352 ff., Dalcke 64.

[13]) So die H. M., s. besonders Dalcke 69, Bischoff G.A. XLII, 351. A. M. Freudenstein, G.A. XXXI, 133.

[14]) Vgl. Dalcke 66. — Damit ist freilich nicht gesagt, dass Verstösse gegen die gesetzliche Formel das Verfahren unbedingt anfechtbar oder gar nichtig machten. Die Fehler können — wie in dem Beispielsfalle im Text — unschädlich sein.

[15]) „Hervorhebung der zur Unterscheidung der That erforderlichen Umstände“, § 293 St.P.O. Genaueres bei Dalcke 59.

Eine Spezialisierung der Fragen verlangt das Gesetz dagegen nicht, d. h. neben die abstrakten Rechtsbegriffe, die die gesetzliche Formel enthält, braucht nicht jedesmal das Konkretum, das unter jene subsumiert werden soll, in die Frage aufgenommen zu werden (etwa: „einen Menschen, nämlich den Arbeiter N. N.“; „eine Urkunde, nämlich eine Kaufsurkunde d. d. Giessen, den 1. April 1900“ u. s. w.). Andererseits ist eine solche Spezialisierung im Gesetz auch nicht untersagt, und sie erscheint sogar zweckmässig, weil durch sie dem Revisionsgericht die Möglichkeit erschlossen wird, Subsumtionsirrtümer der Geschworenen festzustellen und die falschen Sprüche unschädlich zu machen[16].

V. Die Formulierung der Fragen ist des Weiteren so einzurichten, dass eine Beantwortung mit „ja“ oder „nein“ möglich ist, St.P.O. § 292 Abs. 1. Daraus ergiebt sich ohne weiteres die Unzulässigkeit einer alternativen Fragestellung, bei der das „oder“ den Sinn von *aut-aut* hat, sodass die Geschworenen gezwungen sein würden, eine der beiden Möglichkeiten zu bejahen. Dagegen kann ein „oder“ im Sinne von *sive* recht wohl in die Frage aufgenommen werden[17]; denn solchenfalls werden die Geschworenen nicht vor eine Alternative gestellt, sondern können schlechtweg mit „ja“ antworten und dahingestellt sein lassen, welche der mehreren Möglichkeiten zutrifft[18] (Beispiel: „in oder gleich nach der Geburt“, St.G.B. § 217)[19].

Diese Regelung erscheint als ein Ausfluss der allgemein für die Entscheidungen nach logischen Gesetzen geltenden Regeln über die Behandlung der Alternativität[20].

---

[16]) v. Kries 615—616, vgl. auch Stenglein G.S. XLIV, 401; Dalcke 57, 61; Mittelstädt G.S. XXXVII, 557; v. Schwarze 5 zu § 293; Freudenstein G.A. XXXI, 120; Ruhstrat G.A XXIX, 52. A. M. E. II, 136, III, 51, 250, IV, 231, 313, VIII, 233 XXVII, 66, 369 u. s. w.

[17]) Eine derartige Frage darf man aber nicht, wie meist geschieht, auch als „alternative“ bezeichnen; die Frage ist hier noch nicht alternativ, sondern erst die im Falle der Bejahung erfolgende Feststellung.

[18]) Sie können aber auch eine der beiden Möglichkeiten bejahen, die andere verneinen. Ötker scheint 627 weitergehend anzunehmen, dass die Geschworenen eine Bejahung bloss der einen Möglichkeit nicht eintreten lassen können. Das läuft dem § 305 Abs. 2 St.P.O. zuwider.

[19]) Auf diese Fragen passt somit nicht die von Bennecke 588 auch für sie mit gegebene Definition, dass sie die Geschworenen zwängen, sich für eine von zwei Möglichkeiten zu entscheiden. Sachlich mit der im Text gegebenen Auffassung übereinstimmend Bennecke 588; Löwe 2; Stenglein 1 zu § 292; v. Kries 590; H. Meyer H. H. II, 179; Geyer 748; v. Bar, Recht und Beweis im Geschworenengericht 200, 218; ders. G.A. XV, 569; Dalcke 35 ff.; R. III, 93, 814, V, 463, VII, 503, IX, 25, 1, 777, IV, 86. E. IX, 22, XII, 347, XV, 304, XXVIII, 98.

[20]) Oben § 77 II..

Nach diesen Regeln richtet sich daher auch die Ziehung der Grenzlinien zwischen den zulässigen und den unzulässigen Fragen im einzelnen [21]).

VI. Zahlreiche Fragen werden den Geschworenen nur bedingt vorgelegt, nämlich nur für den Fall, dass eine vorangegangene Frage in einem bestimmten Sinne erledigt werde. Dieses Eventualverhältnis muss den Geschworenen kenntlich gemacht werden dadurch, dass dieser Eventualfrage die einleitenden Worte: „für den Fall der Bejahung der Frage X", oder umgekehrt „für den Fall der Verneinung der Frage X" vorangesetzt werden [22]), § 292 Abs. 2 St.P.O.

VII. Steht ein Fall der objektiven oder der subjektiven Klagenhäufung zur Aburteilung, so müssen die Fragen für jeden Thäter und jede That separat gestellt werden, § 292 Abs. 3 St.P.O. [23]). Im Grunde genommen ist diese Bestimmung nur eine Folge des Abs. 1 daselbst welcher die Möglichkeit eines schlichten „Ja" oder „Nein" verlangt. Bei objektiver Klagenhäufung empfiehlt es sich, die Realkonkurrenz in der Frage dadurch klarzulegen, dass bei der die 2., 3. u. s. w. That betreffenden Frage hinzugesetzt wird „durch eine weitere selbständige Handlung". Notwendig ist dies aber nicht [24]), denn das kahle Nebeneinanderreihen der Fragen sagt schon von selbst, dass die Thaten reell konkurrieren [25]).

VIII. Nach dem soeben Gesagten muss also auf jede That jedes Thäters jedenfalls eine besondere Frage verwendet werden; nicht aber ist damit gesagt, dass auf jede That jedes Thäters nur eine einzige Frage verwendet werden könnte. Vielmehr ist es nach dem Gesetz teils zulässig, teils geboten, bezüglich einer und derselben That eines und desselben Thäters einen Fragenkomplex zu formulieren.

---

[21]) Unzulässig ist z. B. die alternative Fragestellung nach Einbruch- oder Einsteigediebstahl. Dalcke 36; H. Meyer H. H. II, 180; Löwe 2 zu § 292. A. M. Bennecke 588; Reichsgericht G.A. XXXIX, 60 (im Widerspruch mit E. XXIII, 47, oben S. 291 Anm. 10). Unzulässig ferner alternative Fragestellung wegen zweier verschiedener Thaten, E. XXVI, 155; Dalcke 35. Zulässig dagegen die Frage „ . . . oder andere Mittel" in § 48 St.G.B.; Bennecke 588.

[22]) Welche Fragen Eventualfragen der einen oder der anderen Art sind, ergiebt sich aus dem unten § 125 in Betreff der Hülfs- und Nebenfragen Erörterten.

[23]) Daher ist unzulässig z. B. die Formulierung „Sind die Angeklagten A und B schuldig . . . . ?"; es muss heissen: „Ist der Angeklagte A schuldig . . . ?" und „Ist der Angeklagte B schuldig . . . . ?". Desgleichen ist unzulässig, zu fragen: Ist der Angeklagte schuldig, „durch drei selbständige Handlungen" oder „in drei Fällen . . . . . ?"; es muss vielmehr jeder Fall eine eigene Frage erhalten. Vgl. Dalcke 41.

[24]) Wie das Reichsgericht annimmt, z. B. E. XXIX, 327.

[25]) Denn bei Handlungseinheit oder Idealkonkurrenz könnte gar nicht so gefragt werden, unten § 125.

Zwar kann bezüglich einer That eines Thäters immer nur eine Hauptfrage, aber es können ausser der Hauptfrage noch Hülfs- und Nebenfragen gestellt werden. Hierüber ist in dem folgenden Paragraphen des Genaueren zu handeln.

## § 125.

### bb) Haupt-, Hülfs- und Nebenfrage.

I. 1. Die Hauptfrage fragt, ob der Angeklagte schuldig sei im Sinne des Eröffnungsbeschlusses, d. i. unter demselben juristischen Gesichtspunkt, wie ihn der Eröffnungsbeschluss annahm. Sie umfasst also die Frage nach der „Schuld" (im strafprozessualen Sinne[1])) *in toto*, die Schuldfrage, d. h. sie will wissen, ob ein Strafanspruch besteht, doch aber nur ob eben ein solcher Strafanspruch besteht, wie ihn der Eröffnungsbeschluss annahm.

Die solenne Formel der Hauptfrage beginnt mit den stereotypen Worten: „Ist der Angeklagte schuldig?", § 293 St.P.O.

Die Hauptfrage darf in dem zu stellenden Fragenkomplex niemals fehlen, auch dann nicht, wenn die juristische Würdigung des Eröffnungsbeschlusses allseitig als falsch erkannt wird (etwa wenn der Eröffnungsbeschluss Mord angenommen hatte, die Hauptverhandlung aber die That als Körperverletzung mit tötlichem Ausgange erscheinen lässt).

2. Die Hülfsfrage ist ihrer Struktur nach von einer Hauptfrage nicht zu unterscheiden. Auch sie fragt: „Ist der Angeklagte schuldig?", ist also „Schuldfrage", auf den Strafanspruch *in toto* gerichtet. Aber sie will dieselbe That, die die Hauptfrage mit den Augen des Eröffnungsbeschlusses ansah, unter einem anderen juristischen Gesichtspunkt geprüft wissen (Klageänderung), St.P.O. § 294[2]). Lautete z. B. der Eröffnungsbeschluss und mit ihm die Hauptfrage auf Mord, so fragt die Hülfsfrage etwa danach, ob die That nicht vielmehr Körperverletzung mit tötlichem Ausgang sei. Die Hülfsfrage ist also ihrem Wesen nach eine „eventuelle Hauptfrage"[3]).

Es ergiebt sich hieraus, dass Haupt- und Hülfsfrage im Ausschliessungsverhältnis zu einander stehen; ist der eine juristische

---

[1]) Oben S. 205. Es gehört somit auch die Frage nach dem „Ob" der Strafbarkeit zur Schuldfrage; nicht zutreffend Bischoff G.A. XLII, 359.

[2]) Das Genauere hierüber lässt sich erst nach Darlegung der Formulierung der Haupt- und Hülfsfrage sagen. S. unten I 6.

[3]) Vgl. Bennecke 599 Anm. 20.

Gesichtspunkt der richtige, so ist der andere der falsche[4]). Somit müssen die beiden Fragen durch ein die zweite einleitendes „Für den Fall der **Verneinung** der Frage 1“ verbunden sein.

Die Stellung von Hülfsfragen ist um deswillen von eminenter Wichtigkeit, weil ohne sie der abweichende rechtliche Gesichtspunkt ungeprüft bleibt, und möglicherweise dadurch der Angeklagte der Bestrafung entgeht. Wäre z. B. eröffnet wegen vorsätzlicher Brandstiftung, und gewännen die Geschworenen nicht die Überzeugung des Vorsatzes, so würden sie die Hauptfrage verneinen, und daraus würde sich, wenn nicht eine Hülfsfrage gestellt wäre, die Freisprechung des Angeklagten ergeben; mit Eintritt der Rechtskraft wäre dann jedes Verfahren wegen dieser That z. B. unter dem Gesichtspunkt der fahrlässigen Brandstiftung ausgeschlossen.

In der Stellung einer Hülfsfrage liegt für den Angeklagten ein deutlicher Fingerzeig, welche Richtung möglicherweise der Spruch und das Urteil abweichend vom Eröffnungsbeschluss nehmen werden. Eines besonderen Hinweises, wie ihn im ausserschwurgerichtlichen Verfahren der § 264 St P.O. verlangt, bedarf es somit daneben nicht[5]), wohingegen § 264 Absatz 3 und 4 auch für das schwurgerichtliche Verfahren gelten.

3. Die Reihenfolge der Fragen ist regelmässig die, dass die Hauptfrage der Hülfsfrage voraufgeschickt wird. Nur dann hat die Hülfsfrage die erste Stelle, wenn ihre Bejahung im Verhältnis zur Bejahung der Hauptfrage eine erhöhte Strafbarkeit begründet, § 294 Abs. 2 St.P.O.[6]).

4. Zu formulieren sind die Haupt- und die Hülfsfrage auf der Grundlage desjenigen Strafgesetzes im engeren Sinne, um das es sich handelt, aber unter Hinzutritt derjenigen „Erscheinungsform“ des Delikts, die in Frage steht (Thäterschaft und Teilnahme, Vollendung und Versuch, Idealkonkurrenz [7])). Es müssen „die gesetzlichen Merkmale der That“[8]) angegeben werden, § 293 St.P.O.

---

[4]) Handelt es sich um zwei mit einander verträgliche Gesichtspunkte, so liegt der Fall der Idealkonkurrenz vor; bei dieser ist von Haupt- und Hülfsfragen keine Rede, sondern es wird eine die beiden Gesichtspunkte kumulativ ausdrückende Frage gestellt. E. XXI, 405; Dalcke 47. Vgl. nachstehend bei Anm. 10.

[5]) E. II, 55, 92, XX, 224, XII, 347, R. II, 55. IV, 242; Stenglein 11 zu § 264; Glaser II, 564; John III, 385; Dalcke 86. A. M. Löwe 5a zu § 264; Bennecke 653 Anm. 18; Meves G.A. XXXVIII, 259; Birkmeyer 655.

[6]) Also z. B. wenn wegen Körperverletzung mit tödtlichem Ausgang eröffnet war, jetzt aber eine Hülfsfrage auf Mord gestellt wird.

[7]) Handlungseinheit und Realkonkurrenz bedürfen keiner besonderen Formulierung, s. oben § 124 VII und unten I 5.

[8]) Vgl. oben S. 492.

Beispiele: **Einfacher Fall.** 1. Ist der Angeklagte A schuldig, am . . . in . . . vorsätzlich ein Gebäude, welches zur Wohnung von Menschen diente, in Brand gesetzt zu haben?

**Beihülfe.** 2. Ist der Angeklagte B schuldig, am . . . in . . . dem Thäter A zur Begehung des Verbrechens, das darin bestand, dass dieser am . . . in . . . vorsätzlich ein Gebäude, welches zur Wohnung von Menschen diente, in Brand setzte [9]) durch Rat oder That wissentlich Hülfe geleistet zu haben?

**Versuch.** 3. Ist der Angeklagte C schuldig, am . . . in . . . den Entschluss, um sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, einen Anderen durch Gewalt, und zwar Gewalt gegen eine Person, zu einer Handlung zu nötigen, durch Handlungen bethätigt zu haben, die einen Anfang der Ausführung dieses beabsichtigten, aber nicht zur Vollendung gekommenen Verbrechens enthalten?

**Idealkonkurrenz** [10]). 4. Ist der Angeklagte D schuldig, am . . . in . . . in rechtswidriger Absicht und in der Absicht, sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen eine inländische öffentliche Urkunde verfälscht und von derselben zum Zwecke der Täuschung Gebrauch gemacht zu haben,

und durch dieselbe Handlung

in der Absicht sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines Anderen dadurch beschädigt zu haben, dass er durch Vorspiegelung falscher Thatsachen einen Irrtum erregte?

Dagegen braucht die Formel anderer strafrechtlicher Sätze nicht mit hinein verwoben zu werden, denn diese werden stillschweigend subintelligiert [11]); sie stecken unausgesprochen in der Frage: „Ist der Angeklagte schuldig?"

5. Eine Zerspaltung der Schuldfrage in einzelne Fragen derart, dass eine Handlungseinheit in ihre unselbständigen Teile zerlegt

---

[9]) In den Fällen der Anstiftung und der Beihülfe muss im Hinblick auf die accessorische Natur dieser Teilnahmeformen in der Frage zum Ausdruck kommen. dass der Hauptthäter seine That wirklich begangen hat. Vgl. Reichsgericht, G.A. XXXV, 61; Dalcke 31.

[10]) Vgl. E. IV, 287.

[11]) Vgl. Löwe 12b zu § 293. — Deshalb kommen nicht besonders zum Ausdruck z. B. die Fragen nach Vorliegen einer „Handlung" (z. B. Nichtvorliegen von Zwang), nach der Rechtswidrigkeit (z. B. Notwehr), nach der Schuld (z. B. Zurechnungsfähigkeit), nach der Strafbarkeit (z. B. Notwehrexzess, Eigenschaft als Abgeordneter, totale Kompensation [oben S. 206 Anm. 25] u. s. w.). Zu diesen *subintelligenda* gehören auch die Sätze des internationalen Strafrechts. Wenn E. XIII, 229, XXXI, 122; R. VIII, 51; Bennecke 593 Anm. 8, 598 IIIb, die Beurteilung, ob die Voraussetzungen des § 4³ St G.B. vorliegen, den Geschworenen als eine materiellrechtliche Frage zuweisen, so ist dies zwar richtig, daraus folgt aber nicht, dass eine Frage aus dem ausländischen Strafgesetz zu stellen wäre, wie das Reichsgericht und Bennecke annehmen. Zur Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen des § 4³ sind die Geschworenen schon durch das „Ist der Angeklagte schuldig?" berufen. — Die bisherige Literatur — vgl. die Citate bei Löwe 3a und 11 zu § 293 — verkennt, soweit ich sehe, dass die Frage betreffs des § 4³ gar nicht anders liegt als die Frage nach den übrigen *subintelligenda*. Sache der Rechtsbelehrung ist es (unten § 126), die Geschworenen über die *subintelligenda* aufzuklären.

würde, ist durchaus unzulässig. Sie widerstrebt der Einheit des Strafanspruchs. Dies wird für das sogenannte zusammengesetzte Verbrechen wohl von keiner Seite bestritten; es kann nicht gefragt werden:

„1. Ist der Angeklagte schuldig, . . . . eine . . Urkunde . . verfälscht zu haben?

2. Ist der Angeklagte schuldig, . . . von der . . . Urkunde Gebrauch gemacht zu haben?"

Das Gleiche muss aber für alle Fälle der Handlungseinheit gelten, insbesondere für das fortgesetzte Verbrechen; die dieses bindenden Einzelakte existieren als solche für das Gesetz nicht, sie sind „unselbständig", mithin kann die Frage immer nur auf ihre Summe, auf den Gesamtthatbestand abgestellt werden[12]). Unzulässig ist ferner die Zersplitterung der Schuldfrage in mehrere Fragen nach den verschiedenen juristischen Gesichtspunkten im Falle der Idealkonkurrenz[13]). Auch hier bedarf es scharfer Erfassung der Einheit des Strafanspruchs.

Unzulässig ist ferner prinzipiell jede Absplitterung einzelner Elemente der Schuldfrage behufs separater Fragestellung über eins dieser Elemente Es ist unzulässig, weil unlogisch, neben der Frage: „Ist der Angeklagte schuldig?" noch für den Fall der Bejahung einen Schuldausschliessungsgrund, Unrechtsausschliessungsgrund, Strafausschliessungsgrund u. s. w. separat zur Beantwortung zu verstellen, denn wird die Frage: „Ist der Angeklagte schuldig?" bejaht, so ist damit bereits gesagt, dass kein Schuldausschliessungsgrund u. s. w. vorhanden ist. Würde geteilt gefragt, und würden beide Fragen von den Geschworenen bejaht[13a]), so wäre ein unlöslicher Widerspruch vorhanden[14]).

Positive, vor der Logik nicht standhaltende, Ausnahmen macht jedoch das Gesetz

---

[12]) Daher unzutreffend R. IX, 673; Bennecke 590 Anm. 27.

[13]) A. M. einerseits Bennecke 598, E. IV, 287, XXI, 405; R. VII, 127; Löwe 10 zu § 293; Dalcke Fragestellung 46; Puchelt 5 zu § 292; Stenglein 5 zu § 292, 13 zu § 293 v. Kries 612; Köhler Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz 160; Kohlrausch, Prozessuale Behandlung der Idealkonkurrenz, 46, die jedoch auch die Zusammenfassung in einer Frage gestatten, (vgl. E. IV, 190, V, 155), — andererseits v. Schwarze 2 zu § 292; Keller 5 zu § 292; Ullmann 508; Ortloff G.A. XXXII, 431; Hücking G.A. XXXIV, 231; H. Meyer H. H. II, 178; Geyer 754, die den § 292 Abs. 3 St.P.O. auf die Idealkonkurrenz erstrecken wollen.

[13a]) Beispiel: „Ist der Angeklagte schuldig, . . . .?" — Ja, mit mehr als 7 Stimmen. „Hat der Angeklagte in Notwehr gehandelt?" — Ja.

[14]) Vgl. Gernerth Z. VII, 641; Birkmeyer 658, W. H. in G.A. XXXIV, 222; Dalcke 95.

a) indem es die Verjährung aus der Schuldfrage herausnimmt und dem Gerichtshof zuweist. Wenn die Geschworenen die Schuldfrage bejahen, also das Vorhandensein eines Strafanspruchs annehmen, so ist dies demgemäss stets nur „vorbehaltlich der etwa eingetretenen Verjährung" gemeint.

b) Eine zweite Ausnahme ist enthalten in § 298 St.P.O., wonach die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht bei Jugendlichen und Taubstummen zum Gegenstande einer separaten Frage gemacht werden muss.

c) Aus der Haupt- oder Hülfsfrage kann[15]) ferner die Frage nach etwaiger Strafaufhebung herausgenommen werden, § 295 St.P.O.

d) Nach § 295 Abs. 1 kann auch über Strafminderungs-(Privilegierungs-) und Straferhöhungs-(Qualifizierungs-)Gründe geeignetenfalls eine besondere Frage gestellt werden. Doch ist auch diese Bestimmung nicht obligatorisch gemeint, es kann also der Nebenumstand auch — wie es die Logik erfordert — in die Hauptfrage mit aufgenommen werden[16]).

Wenn einer der Fälle b)—d) vorliegt, so erscheint die Schuldfrage nur in verstümmelter Gestalt. Sie umfasst den Strafanspruch nicht mehr restlos *in toto*, sondern unter Vorbehalt eben der ausgeschiedenen Partikelchen, die ihrerseits zum Gegenstande eine Nebenfrage[17]) werden.

6. Das vorstehend 4 und 5 Erörterte galt gemeinsam für die Hauptfrage und die — ja gleichen Bau aufweisende — Hülfsfrage. An der Hand dieser Ausführungen lässt sich nunmehr ermessen, was das Gesetz (§ 294 St.P.O.) unter einer „von dem Beschlusse über die Eröffnung

---

[15]) So ausdrücklich das Gesetz. Meist wird gelehrt, Strafaufhebungsgründe müssten aus der Haupt-(Hülfs-)Frage herausgenommen und in eine separate Frage verwiesen werden, so Bennnecke 603; Löwe 9b zu § 295; Dalcke 98; v. Kries 611. Dabei waltet gewöhnlich die Vorstellung ob, als müsse anderenfalls die Strafaufhebung in der Haupt-(Hülfs-)Frage *expressis verbis* zum Ausdruck gebracht werden; das würde freilich die Haupt-(Hülfs-)Frage, wie v. Kries sagt, übertrieben verwickelt machen. Aber das „Aufnehmen der Strafaufhebung in die Hauptfrage" ist gar nicht durch Komplikation der Formel auszudrücken. Das Nichtvorhandensein eines Strafaufhebungsgrundes gehört eben zu den *subintelligenda*. „Ist der Angeklagte schuldig?" umschliesst schon die Frage nach Strafaufhebung mit. Etwas anderes wäre es, wenn die Hauptfrage in *praeteritum* formuliert würde, („War der Angeklagte schuldig?"),was positivrechtlich aber unzulässig ist.

[16]) Dazu näheres bei Dalcke 21 ff.; vgl. E. I, 63; E. XIX, 141; R. I, 225.

[17]) Unten II, 2.



des Hauptverfahrens abweichenden Beurteilung der dem Angeklagten zur Last gelegten That" meint, in welchen Fällen es also zur Stellung einer Hülfsfrage kommen kann. Da nämlich der Eröffnungsbeschluss und die ihn kopierende Hauptfrage das Strafgesetz unter Angabe der Erscheinungsform der strafbaren Handlung in sich schliessen, so ist eine „abweichende Beurteilung" immer dann gegeben, wenn entweder von dem Strafgesetz oder der angegebenen Erscheinungsform abgegangen wird. Der Inhalt der Hülfsfrage kann sich daher mit dem der Hauptfrage zum Teil decken, es ist nicht notwendig, dass dieser und jener in vollem Umfange differieren[18].

Bei dem Abgehen von dem in der Hauptfrage zu Grunde gelegten Strafgesetz kann es deshalb auch in keiner Weise darauf ankommen, ob das in der Hülfsfrage zum Ausgangspunkt zu nehmende Strafgesetz ein völliges *aliud* gegenüber dem anderen darstellt, oder mit ihm im Verhältnis der Über- oder Unterordnung steht, so, dass das eine das generelle, das andere nur das für den Privilegierungs- oder Qualifikationsfall gegebene spezielle ist. Deshalb ist es z. B. durchaus statthaft, eine Hauptfrage auf räuberische, eine Hülfsfrage auf einfache Erpressung zu stellen. Das Gesetz gestattet nur, aber gebietet nicht, die Privilegierungs- oder Qualifikationsgründe in eine Sonderfrage zu nehmen, und da die Stellung einer Sonderfrage sogar unlogisch ist, auch nicht mit den für die Abstimmung festzuhaltenden Sätzen[19]) stimmt, so empfiehlt es sich, stets eine auf den vollen Thatbestand gerichtete Hauptfrage und eine ebensolche Hülfsfrage zu stellen.

Ist es schon im Falle der Straferhöhungs- und Strafminderungsgründe immer zulässig, eine Hülfsfrage zu stellen, so muss dies erst recht von dem Falle gelten, wo die Abweichung der Beurteilung zu einem *delictum sui generis* führt, mag auch den Thatbeständen der beiden Delikte ein Stück gemeinsam sein, oder gar nur ein einziges Merkmal, das dem einen Deliktsbegriff fehlt, im anderen enthalten ist, die Scheidung der beiden Thatbestände herbeiführen (Mord und Totschlag, Raub und Diebstahl). Das Reichsgericht hat solchenfalls früher die Stellung von Hülfsfragen für unzulässig erklärt, es verlangte eine auf das gemeinschaftliche Stück der beiden Thatbestände gerichtete Hauptfrage und eine auf das unterscheidende Merkmal (z. B. Ausführung der

---

[18]) Übereinstimmend Bennecke 600. Dagegen Löwe 2a zu § 294 (es müsse sich bei der Hülfsfrage immer um ein begrifflich verschiedenes Delikt handeln).

[19]) Oben § 94 bei Anm. 21.

Tötung mit Überlegung) gerichtete Nebenfrage[20]. Später hat das Reichsgericht seinen Standpunkt gewechselt, es erkennt jetzt z. B. eine auf Mord gerichtete Haupt- und eine auf Totschlag gerichtete Hülfsfrage als zulässig an[21]. Die letzte Auffassung ist unzweifelhaft die richtige. Nur muss man noch einen Schritt weiter gehen und die Hülfsfrage nicht nur als zulässig, sondern als einzig möglich bezeichnen. Eine Nebenfrage: „Ist die Tötung mit Überlegung ausgeführt?" ist nach der St.P.O. durchaus unzulässig, da Totschlag und Mord sich nicht als einfaches und qualifiziertes Delikt darstellen. Sie stehen sachlich in diesem Verhältnis zu einander, aber sie sind nicht, was das Entscheidende ist, formell im St.G.B. so aufgefasst[22].

Eine Hülfsfrage ist ferner am Platze, wenn statt Beihülfe Mitthäterschaft, statt Versuch Vollendung, statt Handlungseinheit Realkonkurrenz[23], statt Idealkonkurrenz bloss das Zutreffen eines der

---

[20]) Vgl. **E.** XI, 401, XX, 171. Ebenso Löwe 2a zu § 294.

[21]) Vgl. z. B. **E.** XXXI, 253; auch schon früher **E.** XIII, 344, XVI, 124, XVIII, 400; **R.** IX, 340; ebenso Stenglein 4 zu § 294; Bennecke 601; Dalcke 19.

[22]) Übereinstimmend Bennecke 601; Ötker 627. Haupt- und Hülfsfrage sind auch am Platze im Verhältnis von Mord und Tötung auf Verlangen. Es ist zu fragen: 1. Ist der Angeklagte schuldig, vorsätzlich einen Menschen getötet und die Tötung mit Überlegung ausgeführt zu haben? 2. für den Fall der Verneinung ad 1: Ist der Angeklagte schuldig, vorsätzlich einen Menschen getötet zu haben und zwar indem er durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt worden war? Das Reichsgericht will (**E.** XXVI, 363; vgl. **E.** XX, 171) eine Hauptfrage auf Tötung, eine Nebenfrage auf das Verlangen des Getöteten gestellt wissen. Sein Argument: bei Stellung von Haupt- und Hülfsfrage wäre geradezu die Prüfung des Gesichtspunktes aus § 216 St.G.B. abgeschnitten, verfängt nicht. Denn in der Hauptfrage *ex* § 211 St.G.B. steckt, nicht anders als in diesem § 211 selbst, ein negatives *subintelligendum:* „ohne durch . . . Verlangen des Getöteten bestimmt worden zu sein?" Die Verneinung unserer Frage 1 bedeutet also nicht, wie das Reichsgericht annimmt, die Verneinung eines Tötungsdelikts überhaupt, sondern nur des Mordes. Gerade die reichsgerichtliche Fragestellung führt vielmehr umgekehrt zu einer Unmöglichkeit der Prüfung des Gesichtspunktes *ex* § 216 St.G.B., da eben die Verneinung der ersten Frage nur eine Verneinung des Mordes ist. — Vgl. auch Bennecke 601 Anm. 27 (Verhältnis von Mord und Kindestötung). — Anderwärts will das Reichsgericht (**E.** XX, 171; **E.** XXVIII, 200 — Plenarentscheidung, gebilligt von Dalcke 27, 29 —) sozusagen zwischen materiellrechtlichen und prozessualen Strafminderungsgründen unterscheiden. Dafür findet sich aber keine Handhabe im Gesetz; es kommt ausschliesslich auf die Form an, in die das materielle Recht den betreffenden Thatbestand gegossen hat.

[23]) Hat also z. B. der Angeklagte zweimal, am 5. und am 6. desselben Monats, den X räuberisch überfallen, und ist zweifelhaft, ob fortgesetztes Delikt oder, wie der Eröffnungsbeschluss annahm, Realkonkurrenz vorliegt, so muss gefragt werden: I. Hauptfrage 1. Ist der Angeklagte schuldig, am 5. etc. 2. Ist der Angeklagte schuldig, am 6. durch eine zweite selbständige Handlung etc. II. Hülfsfrage für den Fall der Verneinung beider Fragen: Ist der Angeklagte schuldig, am 5. und 6. (*scil.* durch eine fortgesetzte Handlung) etc. — Zutreffend Löwe 2b zu § 294; Dalcke 45 Anm. 12 gegen **R.** VIII, 251; **E.** XIV, 75. Vgl. auch **R.** II, 533.

angeblich konkurrierenden Gesichtspunkte[24]) oder umgekehrt angenommen werden soll.

II. In ihrem Wesen durchaus verschieden von den Haupt- und Hülfsfragen sind die Nebenfragen. Ihre Struktur ist eine völlig andere: sie sind nicht gerichtet auf einen vollen Deliktsthatbestand, unterscheiden sich also schon äusserlich von den Haupt- und Hülfsfragen dadurch, dass sie niemals lauten: „Ist der Angeklagte schuldig?" sondern stets nur einen einzelnen Umstand zur Beantwortung stellen. Daraus ergiebt sich die Unselbständigkeit der Nebenfragen. Sie sind für sich allein undenkbar, müssen sich vielmehr anlehnen an eine vorangehende Haupt- oder Hülfsfrage, an die sie sich „für den Fall der **Bejahung**" der Haupt- bezw. Hülfsfrage anschliessen. Das österreichische Recht bezeichnet sie zutreffend als „Zusatzfragen".

Die Nebenfrage kann verschiedenen Inhalt haben.

1. Da die Haupt- und die Hülfsfrage niemals über die Schuldfrage hinausreichen, so bleiben die mildernden Umstände durch sie ungedeckt. Da diese aber der Kognition der Geschworenen unterbreitet sind, so bedarf es noch einer eigenen Frage: „Sind mildernde Umstände vorhanden?" Diese Frage ist eine Nebenfrage. Sie muss allemal gestellt werden, wenn es von der Staatsanwaltschaft oder von dem Angeklagten beantragt oder von Amtswegen für angemessen erachtet wird, vorausgesetzt, dass das materielle Strafrecht bei dem Delikt, um das es sich handelt, mildernde Umstände zulässt. § 297 St.P.O.[25]).

---

[24]) Ist also zweifelhaft, ob Urkundenfälschung in idealer Konkurrenz mit Betrug, wie der Eröffnungsbeschluss annahm, oder ob nur Urkundenfälschung oder nur Betrug vorliegt, so muss gefragt werden: I. Hauptfrage: Ist der Angeklagte schuldig ... (wie oben S. 552 bei Anm. 10). II. Hülfsfrage für den Fall der Verneinung ad I: 1. Ist der Angeklagte schuldig .. , nur etc. (Urkundenfälschung); 2. für den Fall der Verneinung ad 1: Ist der Angeklagte schuldig; nur etc. (Betrug). Es darf nicht eingewendet werden, die Hulfsfragen seien, weil schon in der Hauptfrage wortgetreu wiederkehrend, überflüssig; der Zweck werde schon erreicht durch die erste Frage allein, die Geschworenen könnten ja eins der beiden Glieder bejahen, das andere verneinen. Das können sie nun allerdings; aber gemäss § 292 Abs 1 St.P.O. dürfen die Fragen nicht auf Teilantwort geradezu zugeschnitten werden. Zudem würde Missverständnissen das Thor geöffnet. Antworten die Geschworenen nämlich mit „Nein" auf die erste Frage, so haben sie damit logischerweise nur erklart, dass der Angeklagte nicht beider Thaten in idealer Konkurrenz schuldig sei. Ob sie geprüft haben, ob er vielleicht unter einem der Gesichtspunkte allein strafbar sei, wird nicht ersichtlich.

[25]) Unzulässig ist daher eine Nebenfrage nach mildernden Umständen z. B. neben einer auf Mord lautenden Hauptfrage Vgl. noch Köhler, Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz 163. Handelt es sich um ein Delikt, das im Rückfall begangen das Benefizium der mildernden Umstände geniesst, anderenfalls



2. In den Fällen, in denen das Gesetz die Absplitterung einzelner Elemente der Schuldfrage gebietet oder zulässt[26], werden diese abgesplitterten Stücke untergebracht in einer Nebenfrage.

a) Es muss somit bei jugendlichen und taubstummen Thätern eine Nebenfrage über die „Einsicht" gestellt werden, § 298 St.P.O. Da die Frage nach der Einsicht aber nur Sinn hat, wenn zuvor feststeht, dass der Angeklagte z. Z. der That zwischen 12- und 18-jährig oder taubstumm war, und diese Feststellung als zur Schuldfrage gehörig zur Kognition der Geschworenen gehört, so bedingt die Frage nach der Einsicht in allen Zweifelsfällen eine Vorfrage nach der Jugendlichkeit bezw. der Taubstummheit z. Z. der That. Diese Frage kann natürlich auch nur eine Nebenfrage sein; an sie schliesst sich für den Fall der Bejahung die eigentliche Nebenfrage *ex* § 298 an[27].

b) Das Gesetz gestattet, jeden Strafaufhebungsgrund in eine Nebenfrage zu bringen, § 295 Abs. 2 St.P.O.

c) Das Gleiche wie ad b) gilt für Strafminderungs- und Erhöhungsgründe, § 295 Abs. 1 St.P.O.

Einen anderen Inhalt kann die Nebenfrage nicht haben. Insbesondere ist es durchaus unstatthaft, Straf- oder gar Unrechts- oder Schuldausschliessungsgründe zum Gegenstand einer Nebenfrage zu machen[28].

Da eine jede Frage, die nur „für den Fall der Bejahung" einer vorangegangenen Frage gestellt wird, dadurch den Charakter einer Nebenfrage aufgedrückt erhält, so versteht sich, dass niemals zwei Hauptfragen mit einander so verbunden werden können, dass die zweite nur „für den Fall der Bejahung" der ersten gestellt wäre. Ein solcher Fehler liegt besonders nahe in den Fällen der accessorischen Teilnahme.

---

dagegen nicht (Diebstahl), so entsteht eine Schwierigkeit dadurch, dass die Geschworenen über den Rückfall keine Frage vorgelegt erhalten (Oben § 123 III in Verbindung mit § 61 bei Anm. 24). Trotzdem ist eine Frage nach mildernden Umständen statthaft, die freilich samt der darauf gegebenen Antwort bedeutungslos wird, wenn der Gerichtshof Rückfall nicht annimmt. Löwe 5 zu § 297; Bennecke 604 Anm. 12; vgl. Hücking G.A. XXXIV, 241. A. M. Meves G.A. XLIV, 61; Dalcke 106, die in solchen Fällen die Entscheidung über Vorliegen oder Nichtvorliegen von mildernden Umständen dem Gerichtshof zuweisen wollen.

[26]) Oben I 5b)—d).

[27]) Bennecke 605 Anm. 18; Löwe 4; Stenglein 4 zu § 298. Dalcke 99 will unmotivierterweise die Frage, ob der Angeklagte die That als Jugendlicher bezw. Taubstummer begangen habe, dem Gerichtshof zuweisen.

[28]) Vgl. oben bei Anm. 14. So auch die Judikatur des Reichsgerichts, E. I, 70, IV, 400, XI, 277; R. III, 437, IV, 86, VI, 773 u. s. w. Dazu Olshausen 20a zu St.G.B. § 59; Dalcke 21, 96. Abweichend Stenglein 1; Puchelt 2 zu § 295, 2 zu § 294.

Da nämlich von Anstiftung und Beihülfe nur bei Vorliegen einer Hauptthat die Rede sein kann, so scheint daraus zu folgen, dass die Schuldfragen bezüglich des Anstifters und des Gehülfen nur „für den Fall der Bejahung" der bezüglich des Hauptthäters gestellten Schuldfrage zu stellen sei. Dies wäre gleichwohl irrig: einmal prozessual, da Hauptfragen unbedingt zu stellen sind[29]), sodann materiellrechtlich, weil die Verneinung der Schuldfrage bezüglich des Hauptthäters auf bloss persönlichen Strafausschliessungs- oder Strafaufhebungsgründen beruhen kann[30]), somit eine Bejahung der Schuldfrage bezüglich des Anstifters und des Gehülfen sehr wohl neben Verneinung der Schuldfrage bezüglich des Hauptthäters denkbar ist[31]).

## § 126.

### 3. *Die Parteivorträge an die Geschworenen und die Fragenbeantwortung.*

I. Nachdem die an die Geschworenen zu richtenden Fragen festgestellt und verlesen sind, erhalten die Parteien in derselben Weise, wie im nichtschwurgerichtlichen Verfahren[1]), das Wort zu ihren Ausführungen und Anträgen, mit der Beschränkung jedoch, dass diese Plaidoyers sich lediglich an die Geschworenen richten und sich nur auf die Beantwortung der gestellten Fragen beziehen, somit nur die Schuldfrage und eventuell die Frage nach mildernden Umständen betreffen[2]), § 299 St.P.O.

II. Sind dann die Parteivorträge beendet, so erteilt der Vorsitzende den Geschworenen die sogenannte Rechtsbelehrung[3]): der Vorsitzende „belehrt die Geschworenen über die rechtlichen Gesichtspunkte, welche sie bei Lösung der ihnen gestellten Aufgabe in Betracht zu ziehen haben", § 300 St.P.O. Dabei darf der Vorsitzende aber nach

[29]) Würde sie bloss „für den Fall der Bejahung" der Frage bezüglich des Hauptthäters gestellt, so würden die Geschworenen, falls sie diese verneinen, keinen Ausspruch über Anstifter und Gehülfen fällen, somit würde die Strafsache insoweit unerledigt *in lite* bleiben. E. XXIV, 302.

[30]) v. Liszt § 52, II 1; Beling Grundzüge 50.

[31]) Nicht zutreffend Bennecke 589 Anm. 25, wenn er meint, dass bei Verneinung der Frage nach der Hauptthat auch die Verneinung der Anstiftung sicher sei.

[1]) Oben § 121 II.

[2]) Greift das Plaidoyer über auf die Straffrage, so ist der Vorsitzende kraft seiner Leitungsgewalt befugt, diese Erörterungen zu inhibieren A. M. E. XVI, 365; R. IX, 679; Bennecke 606 Anm. 1; Löwe 3 zu § 299. Vgl. hiergegen aber Bischoff G.A. XLII, 366; Süss, Stellung der Parteien 382.

[3]) Diese Belehrung ist unumgänglich notwendig, weil bei den Geschworenen regelmässig Gesetzeskenntnis nicht vorauszusetzen ist, und sie doch die Gesetze anzuwenden haben. Aber sie beleuchtet grell die ganze Unnatürlichkeit der Rechtsprechung durch Laien!

ausdrücklicher Vorschrift des § 300 nicht in eine Würdigung der Beweise treten; es stellt sich die Belehrung also nicht dar als sogenanntes *résumé* im Sinne des französischen Rechts nach *Code d'instr. crim. art.* 336[4]), sondern nur als *exposé*; sie bewegt sich durchaus nur in abstrakten Erörterungen über das Gesetz *in thesi*, und erstreckt sich nicht auf die Anwendung des Gesetzes auf den Fall *in hypothesi*[5]). Insoweit Streitfragen über die von den Geschworenen anzuwendenden Gesetze obwalten, darf der Vorsitzende nicht etwa lediglich die Auffassung des Reichsgerichts vortragen[6]), noch auch bloss seine persönliche Auffassung mitteilen[7]), er hat vielmehr die verschiedenen entgegenstehenden Ansichten klarzulegen[8]). Denn das Gesetz will nun einmal, dass die Geschworenen die Rechtsfrage entscheiden, und eine Verschweigung von Kontroversen würde geradezu auf eine Hintergehung der Geschworenen hinauslaufen[9]). Dass letztere möglicherweise durch die Vielheit einander gegenüberstehender Ansichten verwirrt und ratlos werden, liegt nun einmal im System.

Welche Rechtssätze der Vorsitzende zu erläutern hat, das richtet sich nach der Fragestellung. Dabei muss der Vorsitzende darauf bedacht sein, den Geschworenen die Tragweite der gesetzlichen Formel klarzulegen, namentlich auf die *subintelligenda* hinzuweisen, also z. B. darauf aufmerksam zu machen, dass die Rechtswidrigkeit zu prüfen ist, sodass auch wenn die Schuldfrage z. B. bei Mord Buchstabe für Buchstabe auf den Fall passen könnte, gleichwohl bei Mangel der Rechtswidrigkeit Verneinung der Frage erfolgen muss[10]).

Bindend ist die Rechtsbelehrung für die Geschworenen nicht[11]). Andererseits ordnet § 300 Abs. 2 St.P.O. an, dass die Rechtsbelehrung

---

[4]) Durch Gesetz von 1881 ist das *résumé* auch in Frankreich abgeschafft worden. Vgl. Süss, Stellung der Parteien 393.

[5]) Nur scheinbar a. M. Löwe 1 zu § 300; Bennecke 607 Anm. 7; Dalcke 113; Bischoff G.A. XL, 7: ein Anknüpfen an den konkreten Fall in hypothetischer, exemplifizierender Weise ist natürlich nicht ausgeschlossen.

[6]) So unrichtig Bischoff, G.A. XL, 5; Dalcke 114.

[7]) Dazu neigt Dalcke 114.

[8]) E. XIII, 249; Löwe 4a zu § 300. Ganz als Ermessenssache des Vorsitzenden behandeln die Frage: Bennecke 607 Anm. 8; v. Kries 620; Stenglein 1 zu § 300. H. Meyer, H. H. II, 187 verlangt, dass der Vorsitzende ausser Mitteilung der Bestrittenheit auch erkennen lassen müsse, welches seine Ansicht sei.

[9]) Vgl. auch unten Anm. 12.

[10]) Hierher gehört ferner Belehrung etwa über internationales Strafrecht, über Zurechnungsfähigkeit, Zwang, Notstand, totale Kompensation u. s. w.

[11]) Anders in England, wo die richterliche „*charge*" die Geschworenen bindet; vgl. Heinze, Parallelen zwischen der englischen *Jury* und dem deutschen Geschworenengericht, 38; Süss, Stellung der Parteien 408.

von keiner Seite einer Erörterung unterzogen werden darf; die Rechtsbelehrung muss, auch wenn sie falsch ist, hingenommen werden, ein Antrag auf Protokollierung ihres Inhalts ist nicht statthaft. Demgemäss kann auch auf Unrichtigkeit der Rechtsbelehrung ein Rechtsmittel nicht gestützt werden[12]). Würde freilich der Vorsitzende über die Grenzen der „Rechtsbelehrung" hinausgehend noch anderweite Bemerkungen und Mitteilungen machen, würde er die Beweise würdigen oder gar neue Thatsachen anführen (die er etwa aus den Akten kennt), oder würde er den Geschworenen eröffnen, sie seien an die Rechtsbelehrung gebunden, so wären das keine Teile der Rechtsbelehrung mehr. Gegen solche Bemerkungen könnte opponiert, es könnte auf sie ein Rechtsmittel gestützt werden[13]).

III. Nach empfangener Rechtsbelehrung begeben sich die Geschworenen mit dem vom Vorsitzenden unterzeichneten und ihnen übergebenen Fragebogen in das Beratungszimmer. Der Angeklagte wird aus dem Sitzungszimmer entfernt für den Zeitraum bis zur Verkündung des Spruchs an ihn, §§ 301, 313 St.P.O.

Die Beratung der Geschworenen muss sich natürlich streng an das durch die Verhandlung zu Tage geförderte Beweismaterial halten; eine Wiederholung von irgend welchen Beweisakten im Beratungszimmer (nochmalige Befragung von Zeugen u. s. w.) ist unstatthaft[14]). Nur insofern macht das Gesetz eine positive Ausnahme, als Augenscheinsgegenstände, die in der Verhandlung den Geschworenen zur Besichtigung vorgelegt worden sind, ihnen in das Beratungszimmer zur nochmaligen Besichtigung verabfolgt werden können, § 302 St.P.O.[15]). Auf andere Beweisstücke ist diese Bestimmung nicht auszudehnen, am allerwenigsten natürlich auf die Akten[16]), dagegen werden Bücher wie Gesetzestexte, Kommentare, Lehrbücher, von dem Grundgedanken, der die Beweismittel ausschliesst, nicht mit getroffen, können also den Geschworenen

---

[12]) *De lege ferenda* höchst bedenklich. Verschweigt der Vorsitzende z. B. eine Kontroverse, indem er etwa den untauglichen Versuch einfach als Versuch behandelt, so fälscht er dadurch — unbewusst oder bewusst — die Judikatur — und dagegen giebt es keine Remedur!

[13]) Ebenso Ötker 627. Anders Dalcke 116 und dort angeführte Entscheidungen des Reichsgerichts.

[14]) Bedürfen die Geschworenen weiterer Beweisaufnahme, so haben sie das Begehren hiernach zu äussern, worauf wieder voll in die Verhandlung eingetreten wird.

[15]) Die Bestimmung ist *de lege ferenda* bedenklich, v. Kries 253.

[16]) E. XVI, 187; R. IX, 421; R. V, 773; E. X, 115, XXII, 368; Bennecke 610 Anm. 18; Dalcke 123.

mitgegeben werden[17]), wie auch dem nichts im Wege steht, dass ein Geschworener selbst solche Hülfsmittel mitbringt.

Von dem persönlichen Verkehr mit der Aussenwelt schneidet der § 303 St.P.O. die im Beratungszimmer versammelten Geschworenen zu dem Behufe ab, um unkontrollierbare Einflüsse auf die Fällung des Spruchs zu verhüten (Konklave).

Indessen ist diese Bestimmung nicht mechanisch dahin zu verstehen, dass der körperliche Verkehr untersagt sein solle[18]). Das zeigt deutlich § 303 Abs. 2, wonach mit Erlaubnis des Vorsitzenden ein Geschworener das Beratungszimmer verlassen, und umgekehrt dritte Personen eintreten können[19]). Das Verkehrsverbot bezieht sich vielmehr nur auf den durch gesprochene oder geschriebene Worte vermittelten geistigen Verkehr, und selbst auf diesen nur insoweit, als er „geeignet war, die Selbständigkeit der Beratung zu gefährden"[20]).

Im Beratungszimmer haben die Geschworenen zuvörderst mit Stimmenmehrheit[21]) durch schriftliche Abstimmung ihren Obmann zu wählen; bei Stimmengleichheit entscheidet das höhere Lebensalter. Die Aufgabe des Obmanns besteht in der Leitung der Beratung und Abstimmung, § 304 St.P.O.

Die Abstimmung über die gestellten Fragen richtet sich nach den allgemeinen Regeln[22]), so jedoch, dass die Reihenfolge der Ausloosung für die Stimmabgabe entscheidet, der Obmann indess zuletzt stimmt.

Das Prinzip, wonach für die Schuldfrage $^2/_3$-Majorität erforderlich ist, für die Straffrage einfache Majorität genügt[23]), führt hinsichtlich der Geschworenen dazu, dass die Haupt-, die Hülfsfrage und die aus ihnen abgesplitterten Nebenfragen[24]) nur dann in dem für den Angeklagten ungünstigen Sinne beantwortet werden können, wenn mindestens

[17]) Richtig Bischoff, G.A. XLII, 350 Anm. *); v. Kries 622; Bennecke 610 Anm. 20; Stein, Privates Wissen 187. A. M. Meves, Jur. L.Bl. VII, 133; E. XIII, 248; Dalcke 125. Löwe beanstandet die Mitgabe zwar nicht als unzulässig, aber als unangemessen, 3 zu § 302; ebenso H. Meyer, H. H. II, 193; R. VIII, 301, 721.

[18]) Ebenso E. XXVII, 3.

[19]) Z B. ein Gerichtsdiener bringt, ohne in eine Unterredung einzutreten, Trinkwasser.

[20]) Ebenso Ötker 627; E. XXVII, 3. Deshalb kann der Verkehr der Geschworenen mit dem Gerichtsdiener, selbst wenn er sich nicht auf das Körperliche beschränkt (Anm. 19) nicht beanstandet werden, wohl aber erscheint das Austauschen von Gedanken zwischen dem Vorsitzenden und einem Geschworenen unbedingt als unzulässig. H. Meyer, H. H. II, 194; Löwe 2 zu § 303; Reichsgericht in der Deutschen Juristen-Ztg. II, 166. Anders v. Schwarze 3 zu § 303; Dalcke 118.

[21]) Darüber genauer Dalcke 121.

[22]) Oben S. 387 ff.

[23]) Oben § 94 V.

[24]) Oben § 125 II 2a—c.

8 Stimmen für die ungünstige Lesart stimmen. Sind 5 Stimmen für nichtschuldig, 7 für schuldig, so ist das Ergebnis also: nichtschuldig; sind 5 Stimmen für Bejahung, 7 Stimmen für Verneinung der Strafaufhebung, so ist das Ergebnis: Bejahung der Strafaufhebung.

Dagegen genügt zur Verneinung der Nebenfrage nach mildernden Umständen, da sie zur Straffrage gehört, schon eine Majorität von 7 Stimmen.

Die Abstimmung ist zu richten auf Bejahung[25]) oder Verneinung der gestellten Fragen. Doch ist es den Geschworenen nicht verwehrt, eine Frage teilweise zu bejahen und teilweise zu verneinen, § 305 St.P.O. Sie können z. B. auf die Frage nach Mord antworten: ja, aber es ist nicht erwiesen, dass der Angeklagte die That mit Überlegung ausgeführt hat[26]).

Dagegen ist es nicht zulässig, dass die Geschworenen positive Zusätze in einer Richtung, nach der hin eine Frage gar nicht vorlag, machen, dass sie etwa ungefragt mildernde Umstände bejahen. Solche positiven Zusätze wären *pro non scriptis* — nichtig[27]).

Die Beratung der Geschworenen kann fürs Erste resultatslos sein, weil sie sich noch nicht genügend sicher *in jure* fühlen. Solchenfalls kehren sie in das Sitzungszimmer zurück, erbitten und erhalten weitere Belehrung und begeben sich von neuem in ihr Beratungszimmer, § 306 St.P.O. Sollte sich bei der Erneuerung der Rechtsbelehrung Anlass zur Änderung oder Ergänzung der Fragen ergeben, so bedarf es der Wiederzuziehung des Angeklagten, § 306 Abs. 2.

Das Ergebnis, das die Abstimmung schliesslich ergiebt, ist von dem Obmann auf dem Fragebogen niederzuschreiben, derart, dass neben jede Frage die dazugehörige Antwort gesetzt wird. Das Verhältnis der Stimmen *pro* und *contra* darf hierbei nicht zum Ausdruck gebracht werden[28]). Nur insoweit ist von letzterem Satze eine Ausnahme gemacht, als bei den dem Angeklagten ungünstigen Entscheidungen ersichtlich sein muss, dass die gesetzliche Majorität vorhanden war. Es muss daher bei allen zur Schuldfrage gehörigen

---

[25]) Zu einer solchen können die Geschworenen natürlich nur gelangen, wenn auch die in der Frage unausgesprochenen *subintelligenda* als vorliegend angenommen werden.

[26]) Vgl. Dalcke 127.

[27]) Ein Berichtigungsverfahren hätte also nicht einzutreten. Bennecke 612 Anm. 29; Dalcke 131. Anders Löwe 5 zu § 305; dort weitere Literaturnachweise. Die Meinungen differieren in mehrfacher Hinsicht.

[28]) Unzulässig wäre auf die Hauptfrage etwa die Antwort „Ja mit 11 gegen 1 Stimme“ oder „Nein mit 5 Stimmen“.

Fragen, wenn sie in dem für den Angeklagten nachteiligen Sinne beantwortet werden, der Antwort hinzugesetzt werden: „mit mehr als 7 Stimmen“; der Antwort, die die mildernden Umstände verneint: „mit mehr als 6 Stimmen“, § 307 St.P.O.

## § 127.

### *4. Die Kundgebung des Spruchs; das Berichtigungsverfahren; die Verkündung des Spruchs.*

I. Die auf dem Fragebogen niedergeschriebenen Antworten hat der Obmann zu unterzeichnen, § 307 St.P.O. Demnächst kehren die Geschworenen in den Sitzungssaal zurück, und es erfolgt die „Kundgebung“ des Spruchs durch den Obmannn der Geschworenen in der in § 308 St.P.O. angegebenen Weise. Sie ist gerichtet an das Gericht; der Angeklagte ist bei ihr nicht zugegen.

Mit der Kundgebung [1]) wird der Spruch der Geschworenen (Wahrspruch, Verdikt) existent und damit unwiderruflich [2]), wenn anders er korrekt ist. Die Geschworenen können ihren kundgegebenen Spruch so wenig zurücknehmen, wie das Gericht ein verkündetes Urteil. Die etwaige Erkenntnis eines bei der Abstimmung untergelaufenen Irrtums kommt jetzt zu spät [3]).

II. Dagegen giebt ein nicht korrekter Spruch Anlass zu einem Berichtigungs- (oder Monitur-) verfahren [4]), in dessem Verlaufe es zu einer Änderung des Spruchs kommt, § 309 St.P.O. „Nicht korrekt“ ist aber ein Spruch [5])

---

[1]) D. h. mit ihrer Beendigung. So wohl Bennecke 613; Dalcke 12. Vgl. oben S. 398. Den Beginn der Kundgebung lassen entscheiden Löwe 6 zu § 304; H. Meyer H. H. II, 204; Voitus 4 a E. zu § 304; Keller 6 zu § 309; Thilo 5 zu § 308; v. Bomhard 4 zu § 304; v. Kries 625; R. VII, 529. Ganz anders v. Schwarze 8 zu § 304, der das Verlassen des Beratungszimmers, Puchelt 3 zu § 304, der den Zeitpunkt der Verkündung des Spruchs an den Angeklagten, Dalcke 122, der die Unterzeichnung des Spruchs durch den Vorsitzenden als den die Unwiderruflichkeit fixierenden Zeitpunkt ansieht.

[2]) Kann der Spruch nicht mehr widerrufen werden, so sind natürlich jetzt erst recht Abänderungen und Ergänzungen der gestellten Fragen unmöglich geworden. E. VII, 346, XI, 168, XVI, 126; R. VI, 537, VII, 497, IX, 340, X, 349.

[3]) E. XXVIII, 242.

[4]) Kasuistik s. bei Bischoff G.A. XLVI, 1 ff.

[5]) Die Prüfung, ob ein Spruch korrekt ist, darf sich zwar nicht darauf richten, ob die Fragen an sich korrekt gestellt sind. Da aber der Spruch sich auf die Fragen gründet, so werden regelmässig Inkorrektheiten der Fragestellung sich auf den Spruch übertragen, sodass ein Berichtigungsverfahren im Grunde genommen gegen die Fragestellung gerichtet sein kann; (alsdann greift § 311 Abs. 2 St.P.O. Platz). So im wesentlichen v. Kries 626; Bennecke 614 Anm. 1; Löwe 1; Stenglein 2 zu § 309; E. XIII, 229, XXI, 405; R. VIII, 286, VII, 497, 551; Bischoff G.A. XLVI, 1.

1. einmal, wenn er „in der Form nicht vorschriftsmässig ist“ (formelle Mängel[6]);

2. sodann aber, wenn er „in der Sache undeutlich, unvollständig oder sich widersprechend ist“ (sachliche, materielle Mängel[7]).

Undeutlich ist ein Spruch dann, wenn nicht ersichtlich ist, ob die Geschworenen den Strafanspruch (oder die mildernden Umstände) bejahen oder verneinen wollten[8]).

Unvollständig ist ein Spruch, wenn eine Frage nicht oder nicht voll beantwortet worden ist[9]).

In sich widerspruchsvoll ist der Spruch dann, wenn die Antworten innerlich nicht einheitlich oder mit einander unverträglich sind[10]).

Dagegen kann inhaltliche Unrichtigkeit des Spruchs niemals zu einem Berichtigungsverfahren Anlass geben. Denn den Inhalt ihres Spruches haben ja die Geschworenen souverän zu bestimmen.

Ist umgekehrt der Spruch gar nicht ordnungsmässig zu stande gekommen, sondern nichtig, entspricht z. B. das Kundgegebene gar nicht der wahren Meinung der Geschworenenbank[11]), so bedarf es gar nicht erst wie die meisten wollen[12]), eines

---

[6]) Z. B. es fehlt die Unterschrift des Obmanns, das Stimmenverhältnis ist in unzulässiger Weise ausgedrückt oder umgekehrt in unzulässiger Weise nicht ausgedrückt. Genaueres bei Dalcke 143.

[7]) Dazu Dalcke 145.

[8]) Z. B. „Ja mit 7, nein mit 5 Stimmen“, E. IX, 107; R. V, 601; Dalcke 130.

[9]) Z. B. die Hauptfrage ist verneint und auf die Hülfsfrage nicht eingegangen. Die Nichtangabe des Stimmverhältnisses wird von v. Kries 628; Bennecke 616 Anm. 10; Löwe 4 zu § 307; E. IV, 122; R. V, 66, hierher gerechnet, sie gehört aber nicht hierher, denn entweder war die gesetzliche Majorität thatsächlich vorhanden, dann liegt lediglich ein formeller Mangel vor; oder sie war nicht vorhanden, dann ist der Spruch ohne Berichtigungsverfahren nichtig, s. unten bei Anm. 11—13.

[10]) Z. B. ein „Ja“ mit soviel Einschränkungen, dass in Wahrheit das Bestehen eines Strafanspruchs verneint wird (etwa bei der Frage *ex* § 303 St.G.B.: „Ja, aber nicht vorsätzlich“); das Reichsgericht ist a. M., vgl. unten § 128 II gegen Ende und Dalcke 130. Ferner ist in sich widerspruchsvoll Bejahung oder Verneinung mildernder Umstände trotz vorangegangener Verneinung der Schuldfrage. Dies muss auch dann gelten, wenn die Verneinung der Schuldfrage sich aus der Antwort auf eine der zu ihr gehörigen Nebenfrage ergab. Nicht richtig E. XXVII, 392, vgl. XXVIII, 408. Ein Widerspruch ist dagegen nicht vorhanden, wenn die Mitthäterschaft des einen Angeklagten mit dem anderen verneint, die Mitthäterschaft des letzteren mit dem ersteren dagegen bejaht; oder wenn die Schuldfrage in betreff des Hauptthäters verneint, in betreff des Anstifters oder Gehülfen bejaht wird. Denn die Ungleichheit der Behandlung kann sehr wohl in einem persönlichen Strafausschliessungsgrunde wurzeln, vgl. oben S. 559. Das ist verkannt in E. XXVIII, 340.

[11]) Vgl. oben § 77 III 1.

[12]) Bennecke 615 Anm. 5; Löwe 11; Stenglein 6, 7 zu § 309; E. VII, 434; R. V, 19; H. Meyer in H. H. II, 204.

Berichtigungsverfahrens, sondern es ist unter Beiseitelassung des nichtigen Spruchs ein neuer gültiger Spruch herbeizuführen [13]).

Die Anordnung des Berichtigungsverfahrens erfolgt durch Beschluss des Gerichts. Sie ist zulässig, so lange noch nicht auf Grund des Spruches das Urteil verkündet worden ist, § 309 Abs. 2 St.P.O.

Die erneute Beratung und Abstimmung der Geschworenen untersteht denselben Regeln, wie die erste. Sie ist auch ihrem Gegenstande nach ganz uneingeschränkt, sofern sachliche Mängel des Spruches zu berichtigen sind; alsdann stehen die Geschworenen ihrer Aufgabe eben so gegenüber, wie das erste Mal; sie sind an keinen Teil ihres früheren Spruchs gebunden [14]), § 311 Abs. 1 St.P.O. Ist freilich der zu berichtigende Mangel nur ein formeller, so ist die neue Beratung und Abstimmung ihrem Gegenstande nach beschränkt: sie darf das zuerst gefundene Resultat sachlich nicht antasten, § 310 St.P.O. Es darf also nur der formale Mangel auf der früheren sachlichen Grundlage berichtigt werden [15]). Würden die Geschworenen in einem solchen Falle übergreifend auch ihre frühere sachliche Entscheidung ändern, so müsste hiergegen ein anderweites Berichtigungsverfahren eingeleitet werden [16]), denn die nunmehrige unzulässige Antwort ist jedenfalls gegenüber der ersten Antwort, die ja inhaltlich festgehalten werden muss, „in der Form mangelhaft“.

Das Ergebnis der anderweiten Beratung und Abstimmung der Geschworenen ist sodann von dem Obmann auf dem Fragebogen in der Weise niederzuschreiben, dass der frühere Spruch erkennbar bleibt [17]), § 312 St.P.O., worauf dann die anderweite Kundgebung des Spruchs, wie beim ersten Mal, erfolgt.

---

[13]) Oben S. 295.

[14]) Umfasst der Fragebogen mehrere Thäter oder Thaten, so ist die Beratung also nicht etwa beschränkt auf die That oder den Thäter, bezüglich deren ein mangelhafter Spruch vorlag. So das Reichsgericht in feststehender Praxis. R. IX, 287, X. 349; E. XX, 188; XXIV, 302; Bennecke 616 Anm. 12.

[15]) Hat z. B. das erste Mal die Schuldigsprechung in der Form „Ja mit 8 gegen 4 Stimmen“ stattgefunden, so darf diese Antwort jetzt nur geändert werden in „Ja mit mehr als 7 Stimmen“; unstatthaft wäre es z. B., ein Nichtschuldig auszusprechen.

[16]) So Löwe 2 zu § 310. Wenn Bennecke 615 lehrt, das Gericht habe ohne Berichtigungsverfahren einfach die sachliche Änderung unbeachtet zu lassen, so ist dies nicht durchführbar. Hatten die Geschworenen z. B. das erste Mal „Ja mit 8 gegen 4 Stimmen“ geantwortet und kommen nunmehr mit einem „Nein“ zurück, so fehlt es zu dem von Bennecke gewollten Urteil an einem korrekten Spruch, der doch die Unterlage des Urteils bilden muss.

[17]) Zweck: Ermöglichung späterer Prüfung in der Revisionsinstanz, ob das Berichtigungsverfahren zu Recht eingeleitet worden war.

III. Den sei es sofort korrekt ausgefallenen, sei es im Wege des Berichtigungsverfahrens erzielten Spruch haben der Vorsitzende und der Gerichtsschreiber zu unterzeichnen, St.P.O. § 308 Abs. 3.

Jetzt erst wird der Angeklagte wieder in das Sitzungszimmer eingelassen[18]), und es wird ihm nunmehr der Spruch durch Verlesung „verkündet"[19]). Die Verkündung darf nicht deshalb unterlassen werden, weil etwa der Angeklagte sich inzwischen entfernt hat (§ 230 Abs. 2 St.P.O.[20]), denn die Verkündung hat jedenfalls die Bedeutung dass das Gericht den Spruch als Urteilsgrundlage proklamiert. Weiter reicht allerdings die Bedeutung des Verkündungsaktes nicht. Insbesondere kann noch immer auch nach der Verkündung ein Berichtigungsverfahren angeordnet werden, § 309 Abs. 2 St.P.O.[21]).

## § 128.

### 5. *Die Entscheidung des Gerichtshofs.*

I. Auf dem (gültigen) Spruch der Geschworenen hat alsdann das Gericht weiterzubauen, auch wenn es von der Unrichtigkeit des Spruches überzeugt ist[1]). Nur in einem einzigen Falle ist dem Gericht die Macht gegeben, den Spruch zu „kassieren", dann nämlich, wenn die 3 Mitglieder des Gerichtshofs einstimmig der Ansicht sind, dass sich die Geschworenen in der Hauptsache[2]) sei es *in jure,* sei es *in facto,* sei es in der Subsumtion[3]), zum Nachteil des Angeklagten

[18]) Die auffallende Bestimmung, dass der Angeklagte bei den vorstehend erörterten Vorgängen, besonders bei der Kundgebung des Spruchs und den Erörterungen über das Berichtigungsverfahren, nicht zugegen ist, ist früheren Rechten nachgeahmt und wird von den Motiven damit gerechtfertigt, es werde so dem Angeklagten Aufregung erspart und es könnte seine Anwesenheit bei einer notwendig werdenden neuen Rechtsbelehrung (§ 306 St.P.O.) sein Misstrauen gegen die Sicherheit des Spruchs der Geschworenen erregen (zu § 259 des Reichstagsentwurfs) — Gründe recht zweifelhafter Art!

[19]) Die technischen Bezeichnungen „Kundgebung" und „Verkündung" sind somit nicht identisch.

[20]) Dalcke 135. A. M. Bennecke 618 Anm. 23; Löwe 5 zu § 313.

[21]) Löwe 4a; Stenglein 1 zu § 314; Dalcke 136. Nicht zutreffend Bennecke 618.

[1]) Der Spruch ist seiner Natur nach ein „Zwischenurteil"; Schanze Z. IV, 461. Oben S. 314. Dagegen Bennecke 618 Anm. 24.

[2]) D. i. in der Schuldfrage einschliesslich der von ihr abgesplitterten Nebenfragen, im Gegensatz zur Frage nach mildernden Umständen; Löwe 3a zu § 317; Bennecke 620 Anm. 36; Geyer 769; Meves, Strafverfahren 119; v. Kries 633. Stenglein 1 zu § 317 will die „Hauptsache" beschränken auf das „Ob", nicht das „Wie" schuldig, ebenso Thilo 3; Dalcke 2; Keller 3 zu § 317; H. Meyer H. H. II, 215; Dalcke Fragestellung 162.

[3]) Löwe 2 zu § 317; Bennecke 620; v. Kries 633. A. M. Stenglein 1 zu § 317; Dalcke 161, welche den Irrtum in der Subsumtion der Thatsachen unter das Gesetz nicht als Kassationsgrund gelten lassen.

d. i. derart geirrt haben, dass entweder das „Schuldig" statt „Nicht schuldig" ausgesprochen, oder ein schwererer Strafanspruch statt eines leichteren bejaht worden ist[4]), St.P.O. § 317. Ist dieser Fall gegeben, so verweist das Gericht durch sogenannten Kassationsbeschluss, der keiner Motivierung bedarf, die Sache von Amtswegen zur erneuten Verhandlung vor das Schwurgericht der nächsten Sitzungsperiode.

Bildeten mehrere Strafansprüche den Gegenstand der Verhandlung, so erfolgt die Kassation natürlich nur geteilt, nur hinsichtlich des Strafanspruchs, bezüglich dessen geirrt worden ist, § 307 Abs. 2 St.P.O. Dagegen ergreift die Kassation diesen Strafanspruch ungeteilt[5]).

An der neuen Verhandlung darf kein Geschworener teilnehmen, der an dem früheren Spruche mitgewirkt hat, § 317 Abs. 3. Eine abermalige Kassation ist in dieser neuen Verhandlung ausgeschlossen, § 317 Abs. 4 St.P.O., wäre auch der Spruch noch härter als der erste.

II. Abgesehen von dem Falle der Kassation hat das Gericht

1. auf Grund des auf „nicht schuldig" lautenden Spruchs — gleichviel ob die Haupt-(Hülfs-)frage verneint, oder ob sie zwar bejaht, aber auch eine der von der Schuldfrage abgesplitterten Nebenfragen in dem Sinne beantwortet worden ist, dass ein Strafanspruch nicht bestehe[6]), — ohne weiteres den Angeklagten freizusprechen. Plaidoyers finden in diesem Falle nicht statt, § 314 Abs. 1 St.P.O.

2. Ist von den Geschworenen ein „Schuldig" ausgesprochen worden, so dass danach Bestrafung einzutreten hätte, so schieben sich zwischen die Verkündung des Spruchs und das Urteil die — an den Gerichtshof gerichteten — Plaidoyers der Parteien zur Straffrage (mit Ausschluss der Frage nach mildernden Umständen, mit Einschluss aber natürlich der Frage nach Rückfall und Verjährung, § 262 St.P.O.[7])) ein, § 314 Abs. 2 St.P.O.

Beweisanträge sind jetzt natürlich insoweit unmöglich, als sie sich auf die Schuldfrage und die mildernden Umstände beziehen; dagegen steht einer Beweiserhebung zur Straffrage (abzüglich der mildernden Umstände) nichts entgegen[8]).

---

[4]) Dahin gehört auch die unrichtige Annahme einer Idealkonkurrenz, E. XXXI, 241.

[5]) Vgl. oben § 61 III; Köhler, Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz, 154.

[6]) Also z. B. bei Verneinung der „Einsicht" bei Jugendlichen. Anders Bennecke 618, der lediglich die Verneinung der Haupt- (und eventuell Hülfs-)frage hierher rechnet.

[7]) Daneben kann eventuell das Vorhandensein oder Fehlen von Prozessvoraussetzungen zum Gegenstande des Plaidoyers gemacht werden.

[8]) E. XXI, 243. Zu weit gehend Bennecke 619 Anm 28.

Auf die Parteivorträge folgt die Beratung des Gerichtshofes auf der Grundlage des Verdikts. Eine Freisprechung ist natürlich gegenüber dem „Schuldig" der Geschworenen grundsätzlich ausgeschlossen. Davon giebt es nur eine Ausnahme: der Gerichtshof kann wegen Verjährung freisprechen. Hiervon abgesehen ist die Aufgabe des Gerichts nur die, innerhalb des Strafrahmens, den ihm das Verdikt an die Hand giebt, eventuell des erhöhten Rückfallstrafrahmens, im Wege der Strafzumessung die richtige Strafgrösse zu finden [9]).

Wenn die Geschworenen eine Frage teilweise bejaht haben, so hat das Gericht daraus natürlich die entsprechenden Konsequenzen zu ziehen; haben die Geschworenen z. B. auf eine Frage, betreffend Kindestödtung geantwortet: Ja, aber so, dass die vorsätzliche Tödtung nicht in oder gleich nach der Geburt erfolgt ist, so ist daraus ein Schuldig wegen Totschlags zu folgern.

Ob freilich in solchem Falle eine Verurteilung erfolgen kann, hängt davon ab, ob vor dem Spruch der nach § 264 St.P.O erforderliche Hinweis [10]) geschehen ist. Die teilweise Bejahung schliesst eine „Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes" im Sinne des § 264 St.P.O. ein. Ist also bei Stellung einer Frage irgend die Möglichkeit gegeben, dass vielleicht durch partielle Bejahung ein anderes Strafgesetz zur Anwendung zu kommen hätte, so muss der Vorsitzende vor dem Spruch den Angeklagten gemäss § 264 auf die möglicher Weise zu erwartende Verschiebung hinweisen. Ist dies nicht geschehen (ist z. B. die partielle Bejahung völlig unerwartet gekommen), so bleibt bedauerlicherweise nichts anderes übrig, als trotz der teilweisen Bejahung freizusprechen bezw. insoweit ein ideell konkurrierendes Delikt bejaht worden ist, nur wegen dieses letzeren zu verurteilen [11]). Dass der Hinweis etwa nach dem Schuldspruch nachgeholt werden könnte, ist bei dem Zwecke, den er verfolgt, natürlich ausgeschlossen.

Stellt sich der bei teilweiser Verneinung als bejaht übrig bleibende Thatbestandsrest als gar nicht strafbar dar, so ist nicht freizusprechen [12]), sondern es bedarf der Spruch, weil widerspruchsvoll, der Berichtigung [13]).

[9]) Somit ist es Sache des Gerichtshofs, zu prüfen, ob „ehrlose Gesinnung" im Sinne des § 20 St G.B. vorliegt, denn die Geschworenen sind hierfür nicht, wie Bennecke 602 Anm. 4, Löwe 7, Stenglein 5 zu § 295 wollen, kompetent. Desgleichen hat der Gerichtshof über Zubilligung partieller Kompensation zu befinden; und zwar kann er auch dann partiell kompensieren, wenn etwa die totale Kompensatien *qua* Strafaufhebungsgrund in einer Nebenfrage den Geschworenen unterbreitet und das Vorliegen des Kompensationsthatbestandes verneint worden wäre. Denn die Geschworenen haben damit nur ausgesprochen und konnten damit nur aussprechen, dass völlige Strafaufhebung nicht in Frage komme. Ob Retorsion in der Eigenschaft eines Grundes zu partieller Kompensation vorliegt, ist Strafzumessungsfrage. Anders Steinitz, Kompensation, 65 ff.

[10]) Oben S. 532.

[11]) Zutreffend Hücking G.A. XXXVIII, 401; Löwe 5a a. E. zu § 264; Frank Z. XII, 338. A. M. v. Kries 572 Anm. 1, z. T. auch E. XIX, 224; R. V, 531; Dalcke 86.

[12]) Dieser Meinung sind E. II, 95; X, 315, vgl. XXVIII. 408; R. II, 61, III, 556, 817, X, 349; Bischoff G.A. XLII, 359, XLVI, 11; Bennecke 611; Löwe 4 zu § 305.

[13]) So v. Kries 629; Stenglein GS XLIV, 413; Dalcke 131 Anm. 14. Oben § 127 Anm. 10.

III. Das Urteil des Gerichts muss in jedem Falle sofort im Anschluss an die Verhandlung gefällt werden, eine Aussetzung der Verkündung (nach § 267 St.P.O.) ist hier unstatthaft, St.P.O. § 315.

Mit der Verkündung ist das Urteil natürlich hier wie immer unwiderruflich geworden, sodass namentlich ein Kassationsbeschluss jetzt nicht mehr möglich ist, § 317 St.P.O.

Der herzustellenden Urteilsurkunde ist der Spruch der Geschworenen in Urschrift anzufügen; in den Gründen ist auf den Spruch der Geschworenen Bezug zu nehmen, § 316 St.P.O.

## 2. Das Verfahren in den Rechtsmittelinstanzen.

### a) Das Berufungsverfahren.

### § 129.

#### α) Allgemeines; Verfahren bis zur Hauptverhandlung.

Die Zulassung von Rechtsmitteln gegen das Urteil erster Instanz beruht auf der Erkenntnis, dass möglicherweise dieses Urteil in einem fehlerhaften Verfahren ergangen oder materiell irrig ist. Ein materieller Irrtum in dem richterlichen Denkprozess[1]) kann nun entweder im Obersatz oder im Untersatz obgewaltet haben: im Obersatz, insofern der Richter *in jure* irrte, die abstrakten Rechtssätze verkannte; im Untersatz, insofern der Richter *in facto* irrte, Unwahres als wahr berücksichtigte, Wahres nicht berücksichtigte. Mit Rücksicht auf diese doppelte Irrtumsmöglichkeit sind theoretisch drei Arten von Rechtsmitteln denkbar, von denen das eine lediglich die Irrtümer *in jure*, das andere lediglich die Irrtümer *in facto* rügt, das dritte für die Rüge von Irrtümern beider Art offen steht. Prozessrechtsgeschichtlich haben sich jedoch im positiven Recht nur zwei dieser Arten, nämlich nur die erste und die dritte, herausgebildet. So kennt auch das heutige deutsche Recht einmal ein unbeschränktes Rechtsmittel: die Berufung (Appellation); sodann ein auf die Rechtsfrageentscheidung beschränktes: die Revision (Nichtigkeitsbeschwerde, Kassationsrekurs). Der Rüge fehlerhaften Verfahrens sind daneben beide Rechtsmittel zugänglich. Hier ist zunächst die Berufung darzustellen.

I. Dem Entwurf der St.P.O. war die Berufung fremd[2]). Es sollte gegen Strafurteile ausschliesslich die Revision statthaben, über die Thatfrage sollte die erste Instanz endgültig entscheiden. Hiergegen erhob sich im Reichstage lebhafter Widerspruch, dem schliesslich die

[1]) Oben S. 315.
[2]) Vgl. Anl. I zum Entwurf der St.P.O.

Regierung insoweit nachgab, dass die Berufung gegen Urteile der Schöffen- und Amtsgerichte konzediert wurde. Der jetzige Rechtszustand ist danach der, dass

in Schöffen- und Amtsgerichtssachen die Berufung und demnächst gegen das Urteil des Berufungsgerichts die Revision,

in Strafkammer- und Schwurgerichtssachen nur die Revision,

in Reichsgerichtssachen überhaupt kein Rechtsmittel gegeben ist.

Je wichtiger also die Strafsache, um so geringer die Möglichkeit, untergelaufene Irrtümer noch unschädlich zu machen. Dieser Zustand ist unstreitig prinziplos.

Neuerdings ist eine Bewegung für Erweiterung der Zulässigkeit der Berufung in Fluss gekommen; da freilich gegenüber Reichsgerichtsurteilen eine höhere Instanz nicht in Frage kommt, und eine Berufung gegen Schwurgerichtsurteile kaum ausführbar wäre[3]), so reduziert sich die Reformbewegung auf die Frage der Einführung der Berufung gegen Strafkammerurteile (erster Instanz). Derzeit liegt ein diese Forderung verwirklichender Gesetzentwurf dem Reichstag vor.

Und in der That muss im Interesse der Gerechtigkeit gefordert werden, dass richterliche Urteile nicht allein *in jure,* sondern auch *in facto* überprüfbar seien[4]). Der häufig gehörte Einwand, dass es besser sei, vor dem Urteil der ersten Instanz möglichst viele Garantieen richtiger Urteilsfindung zu schaffen, verfängt schon deshalb nicht, weil eine nachträgliche Bekämpfung des im Urteil zu Tage tretenden Irrtums für die Parteien immer möglich, eine vorherige Bekämpfung des kommenden Irrtums deshalb meist unmöglich ist, weil die Parteien nicht ahnen können, dass das Gericht diesem oder jenem Irrtum verfallen werde.

---

[3]) Ein Grund mehr, der für die Abschaffung der Schwurgerichte spricht.

[4]) Gegen die Berufung hat sich heftige Polemik erhoben. Gegner der Berufung sind namentlich Binding, Grdr. 227; derselbe, Der Entwurf eines Gesetzes betreffend Änderungen . . des G.V.G. und der St.P.O. (1895), 18; Stenglein, Wider die Berufung (1894); Mittelstädt, Preuss. Jahrb. LXXVI, 137; v. Bülow, Zur Reform unserer Strafrechtspflege, 1893; Deutsche Juristen-Ztg., 1899 No. 4; Mamroth, Die Gefahren der neuen Novelle zum G.V.G. und zur St.P.O. (1894); Ortloff, Für oder wider die Berufung (1896); Bennecke 734; Birkmeyer 519. 697; Geyer 802; v. Kries 646; Ullmann 588 Anm. 1; v. Liszt, Zukunft V, 405. Vgl. auch Anlage 1 zu den Motiven der St.P.O. — Anhänger der Berufung sind Ötker, Deutsches Wochenbl. VII, No. 43; v. Buchka, Deutsche Juristen-Ztg. I, 462; H. Meyer, Krit. Vjschr., 3. Folge V, 99; Samter, Aus schöffengerichtlicher Praxis (1894); H. Heinemann, Socialpol. Centr.Bl. III, Nr. 22; Kade, Die Berufung in Strafkammersachen (1894); Beling, Wiedereinführung der Berufung in Strafsachen (1894); E. Kayser, Grenzboten LIII, 353; v. Staudinger, Hamb. Korresp. vom 25. Febr. 1894; Köhne, Der deutsche Strafprozess und seine Reform (1894); im Grunde auch Menzen, Zur Berufungsfrage in Strafsachen (1899), der neben die Revision wegen Gesetzesverletzung eine „Revision wegen Unbilligkeit" stellen will.

II. Nach derzeit noch geltendem Recht ist die Berufung zulässig nur gegen die Urteile der Schöffengerichte und der Amtsgerichte, St.P.O. § 354, 211[5]); Berufungsgericht ist die Strafkammer, G.V.G. § 76.

III. Die Berufung ist ein unbeschränktes Rechtsmittel. Es giebt keinen Irrtum, der mit der Berufung nicht gerügt werden könnte, er möge auf thatsächlichem oder rechtlichem, auf materiellrechtlichem oder prozessualem Gebiete liegen.

Unbeschränkt ist freilich die Berufung nur soweit nicht der Beschwerdeführer sich selbst beschränkt. Nach § 359 St.P.O. kann die Berufung nämlich auf bestimmte Beschwerdepunkte beschränkt werden. Diese Bestimmung darf nicht in dem Sinne aufgefasst werden, als beziehe sich die Beschränkungsmöglichkeit auf den Gegenstand der Anfechtung[6]); denn dass an das Berufungsgericht nur das angefochtene Stück des Urteils devolviert, ergiebt sich schon aus §§ 368, 357 St.P.O.[7]); und § 359 denkt, wie sein Satz 2 deutlich zeigt, nicht an den „Gegenstand“, sondern den „Inhalt“ des Urteils. § 359 muss also mehr besagen, und kann nur besagen, dass eine Beschränkung auch in der Begründung der Anfechtung statthaft ist; die Richtigkeit dieser Ansicht ergiebt sich auch daraus, dass § 359 sich an den von der Rechtfertigung der Berufung handelnden § 358 anschliesst.

Demgemäss kann z. B. der Beschwerdeführer erklären, er begehre nur eine Überprüfung der Frage, ob untauglicher Versuch strafbar sei; oder: ob nicht sein Alibi durch die Zeugen bewiesen sei u. s. w.[8]). Oder er kann erklären, er begehre nur Überprüfung der Thatfrage oder umgekehrt nur Überprüfung der Rechtsfrage[9]).

---

[5]) Auch gegen die in Abwesenheit des Angeklagten ergangenen Urteile. Von einer Anwendung des civilprozessualen Satzes *Contumax non appellat* ist im Strafprozess keine Rede. Gegen Absenzurteile der Schöffengerichte ist somit regulär Wiedereinsetzung in den vorigen Stand — oben § 79 g. E., unten § 130 g. E. — und Berufung gegeben; wird freilich Wiedereinsetzung gewährt, so wird damit die Berufung gegenstandslos. Für den Angeklagten ist natürlich die Wiedereinsetzung günstiger, da sie ihm die erste Instanz noch einmal eröffnet.

[6]) Dies ist wohl die allgemeine Auffassung. So Bennecke 740: die Berufung könne nach § 359 auf einzelne Bestandteile der Urteilsformel, z. B. die Entscheidung bezüglich des einen von mehreren Delikten, die Kostenfrage, eine Nebenstrafe, die Höhe der verhängten Strafe, ihre Art u. s. w. beschränkt werden. Ebenso Löwe 1 zu § 359; Birkmeyer 699, vgl. 710. Doch vgl. auch v. Kries 659, der der im Text vertretenen Auffassung nahe steht.

[7]) Oben S. 440 IV.

[8]) Eine Beschränkung liegt aber nur dann vor, wenn ausdrücklich gesagt wird, dass **nur** die betreffenden Beschwerdepunkte und keine anderen geprüft werden sollen. Die blosse Hervorhebung einzelner Beschwerdepunkte ist nicht in diesem Sinne zu deuten, Bennecke 740 Anm. 11; Löwe 2 zu § 359.

[9]) A. M. Bennecke 741. Dass das Rechtsmittel seinem Gegenstande nach nicht nach Rechts- und Thatfrage zerlegt werden kann, darüber s. oben S. 441.

IV. Die Einlegung der Berufung — beim *judex a quo* — ist an die Frist von einer Woche gebunden, von der Verkündung bezw. Zustellung des Urteils ab[10]) gerechnet[11]), § 355 St.P.O. Die Form der Berufung ist die gewöhnliche Rechtsmittelform: Einlegung zu Protokoll des Gerichtsschreibers oder schriftlich, St.P.O. § 355[12]).

Kommt die Berufung nicht mehr innerhalb der Frist an das Untergericht, so hat dieses, also das Amtsgericht, § 30 Abs. 2 G.V.G., die Berufung durch Beschluss als unzulässig zu verwerfen[13]), § 360 Abs. 1 St.P.O. Gegen diesen Beschluss steht dem Beschwerdeführer innerhalb einer Woche nach Zustellung der „Antrag auf Entscheidung des Berufungsgerichts" (nicht die „Beschwerde"[14])) zu, §§ 360 Abs. 2, 363 St.P.O.

V. Ist die Berufung nach Auffassung des *judex a quo* fristgerecht eingelegt, so hat dieser zunächst das Urteil mit den Gründen dem Beschwerdeführer, d. i. demjenigen Anfechtungsberechtigten, um dessen Rechtsmittel es sich handelt, zuzustellen[15]), sofern das nicht schon vorher geschehen ist, § 357 Abs. 2 St.P.O.

Die Zustellung des Urteils setzt eine zweite Frist von einer Woche, bestimmt zur Rechtfertigung der Berufung, in Lauf[16]), § 358 St.P.O., doch ist eine solche Rechtfertigung nur fakultativ.

Nach Ablauf der Rechtfertigungsfrist legt der Gerichtsschreiber des Amtsgerichts die Akten der Staatsanwaltschaft vor. War letztere

[10]) Genauer: die Frist läuft von der Zustellung ab für den Angeklagten, wenn er bei der Verkündung nicht zugegen war.

[11]) Auch bei Absenzurteilen ist dem Angeklagten nicht etwa gestattet, die Berufung erst nach etwaiger Zurückweisung seines Gesuchs um Wiedereinsetzung einzulegen. Vielmehr gilt hier Eventualmaxime: auch wenn er Wiedereinsetzung beantragt, muss er gleichwohl entweder gleichzeitig oder nachher, jedenfalls innerhalb der einwöchigen Frist, schon Berufung einlegen (für den Fall der Nichtgewährung der Wiedereinsetzung). Einlegung der Berufung allein gilt als Verzicht auf Wiedereinsetzung. § 356 St.P.O. Vgl. Löwe 3 zu § 356; Bennecke 735.

[12]) Vgl. dazu § 341 St.P.O., sowie oben S. 446.

[13]) Dagegen steht eine Prüfung, ob die Form der Berufung gewahrt ist, dem Untergericht nicht zu.

[14]) Deshalb findet § 352 Abs. 2 St.P.O. keine Anwendung, es ist vielmehr gegen den Beschluss des Berufungsgerichts nach § 363 Abs. 2 sofortige Beschwerde gegeben. Bennecke 736 Anm. 21; Birkmeyer 703; Löwe 6; Stenglein 4 zu § 360. A. M. v. Schwarze, H. H. II, 271.

[15]) Oben § 104 II. Also dem Angeklagten, wenn dieser selbst, oder sein Verteidiger Berufung eingelegt hat; dem gesetzlichen Vertreter, wenn dieser kraft eigenen Rechts Berufung eingelegt hat, u. s. w.

[16]) Erfolgte die Zustellung des Urteils noch innerhalb der Berufungsfrist, so beginnt die im Text erwähnte Rechtfertigungsfrist erst mit Ablauf der Berufungsfrist, § 358 St.P.O. Für Berufungseinlegung und -Rechtfertigung stehen dem Beschwerdeführer also immer mindestens 1 Woche + 1 Woche zu Gebote.

die Beschwerdeführerin, so stellt sie dem Angeklagten die Schriftstücke über Einlegung und Rechtfertigung der Berufung zu, § 361 St.P.O.

Demnächst übersendet die untergerichtliche Staatsanwaltschaft die Akten der Staatsanwaltschaft bei dem Berufungsgericht, die dann ihrerseits die Akten binnen einer Woche dem Vorsitzenden der Strafkammer zugehen lässt, § 362 St.P.O.

VI. Dem Berufungsgericht — der Strafkammer — liegt zunächst die Prüfung der Berufung auf ihre prozessualen Voraussetzungen hin ob[17]. Fehlt es an diesen (Frist, Form u. s. w.), so hat es (in der Besetzung von drei Mitgliedern, G.V.G. § 77) die Berufung ohne Eintritt in eine Hauptverhandlung durch Beschluss als unzulässig zu verwerfen, St.P O. § 363[18].

Dieser Beschluss unterliegt der sofortigen Beschwerde, § 363 Abs. 2[19].

Anderenfalls ist die Sache zur Hauptverhandlung zu bringen, in der die Strafkammer regulär mit fünf, in Übertretungs- und Privatklagesachen mit drei Mitgliedern besetzt ist, G.V.G. § 77.

Zu dieser Hauptverhandlung ist der Angeklagte auch dann zu laden, wenn er nicht der Beschwerdeführer ist, § 371 St.P.O. In die Ladung des Angeklagten zur Hauptverhandlung ist ein Hinweis auf die Folgen des Ausbleibens (§ 370 St.P.O.)[20] aufzunehmen, § 364 Satz 2 St.P.O.

Im übrigen gelten für die Vorbereitung der berufungsinstanzlichen Hauptverhandlung keine Besonderheiten.

## § 130.

### β) Die Hauptverhandlung in der Berufungsinstanz.

I. Der Gang der Hauptverhandlung der Berufungsinstanz folgt denselben Grundsätzen, wie der der ersten Instanz, mit folgenden Modifikationen:

1. An die Stelle der Verlesung des Eröffnungsbeschlusses tritt, und zwar als erste Prozesshandlung nach Beginn der Hauptverhandlung, der Vortrag eines Berichterstatters (in Abwesenheit der Zeugen); dabei ist in jedem Falle das erstinstanzliche Urteil mit den Gründen

---

[17]) Auch die Frage, ob die Frist eingehalten ist, ist nicht etwa um deswillen der Prüfung des *judex ad quem* entzogen, weil schon der *judex a quo* diesen Punkt geprüft hat.

[18]) Das Gesetz sagt ungenau: „kann . . . verwerfen". Es ist aber ganz undenkbar, dass das Gericht, wissend, dass die Berufung unzulässig ist, in eine Hauptverhandlung einträte.

[19]) Auch dann, wenn er durch Antrag des Beschwerdeführers gemäss § 360 Abs. 2 St.P.O. veranlasst war, oben IV Abs. 2.

[20]) Unten § 130 g. E.

zu verlesen, § 365 St.P.O. Daran schliesst sich die Vernehmung des Angeklagten zur Person und zur Sache und die Beweisaufnahme.

2. Der Umfang der Beweisaufnahme richtet sich, sofern es sich um Übertretungs-(oder Privatklage-)sachen handelt, unter Durchbrechung des § 244 Abs. 1 St.P.O.[1]) danach, inwieweit das Gericht Beweiserhebungen für notwendig hält, ohne dass die Parteien das Gericht nötigen könnten, Beweiserhebungen vorzunehmen, die das Gericht für unnötig erachtet, § 244 Abs. 2 St.P.O.

3. Stark eingeschränkt ist der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweiserhebung, insofern die Vernehmung der erstinstanzlich vernommenen Zeugen und Sachverständigen durch Verlesung ihrer erstinstanzlichen Aussage aus dem Hauptverhandlungs-Protokoll[2]) ersetzt werden kann[3]). Eine persönliche Vernehmung in der Hauptverhandlung ist nur erforderlich, wenn die wiederholte Vorladung erfolgt ist oder von dem Angeklagten rechtzeitig vor der Hauptverhandlung beantragt worden ist, § 366 St.P.O. Es hat somit jedes der drei Prozesssubjekte für sich allein unabhängig von den anderen die Möglichkeit, die persönliche Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen herbeizuführen: der Angeklagte durch rechtzeitigen Antrag; die Staatsanwaltschaft durch Ladung, das Gericht und auch schon der Vorsitzende (§ 364 Abs. 2) durch Anordnung der Ladung. Gegen ein solches Abgehen vom Unmittelbarkeitsgrundsatze im Einverständnis sämtlicher Prozesssubjekte wird sich, wie das Gesetz mit Recht annimmt, nichts Erhebliches einwenden lassen.

Im übrigen ist die Zulässigkeit der Verlesung von Schriftstücken auch in der Berufungsinstanz nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen; § 366 Satz 1 St.P.O. eröffnet keineswegs die Zulässigkeit der Verlesung schlechthin[4])

4. Tritt eine Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes hervor, so ist zwar regelmässig nicht anders, als in der ersten Instanz, zu verfahren, nur cessiert hier das Recht des Angeklagten, die Aussetzung der Hauptverhandlung zu verlangen, wenn es sich nur um eine Übertretungs- (oder Privatklage)sache handelt, § 264 Abs. 5 St.P.O.

---

[1]) Oben § 121 S. 526.

[2]) Nicht aus anderen Protokollen. A. M. Bennecke 743; Löwe 3d zu § 366.

[3]) Auch wenn diese Niederschrift von dem Betreffenden weder genehmigt noch ihm vorgelesen worden ist (*de lege ferenda* freilich höchst bedenklich); Meyer G.A. XXXI, 326 A. M. Pütter G.A. XXX, 170.

[4]) Bennecke 742; Löwe 2; Stenglein 3 zu § 366; Keller S. 469; v. Kries 656, Rechtsm. 133; Rintelen 313 Anm.*). A. M. Geyer 810.

5. Bei den Schlussvorträgen hat der Beschwerdeführer das erste Wort, § 367 St.P.O. Im übrigen gilt die allgemeine Regel des § 257 St.P.O.

6. Ausserdem ergeben sich gewisse Modifikationen von selbst aus dem Umstande, dass der Prozess schon in zweiter Instanz schwebt. So kann z. B. eine Incidentanklage in der Berufungsinstanz nicht erhoben werden, da sonst die erste Instanz in dieser incidenter anhängig gemachten Strafsache übergangen würde[5]).

II. Um zu seiner Entscheidung zu gelangen, hat das Berufungsgericht zuerst zu prüfen, ob die prozessualen Berufungsvoraussetzungen vorliegen, (Frist, Form etc.). Ist das nicht der Fall, so ist die Berufung als unzulässig zu verwerfen, und zwar durch Beschluss[6]).

Ist die Berufung dagegen zulässig, so ist auf die Sache selbst einzugehen. Hierbei prüft das Berufungsgericht den Sach- und Streitstand insoweit die Sache devolviert ist[7]), mit völliger Freiheit genau, wie die erste Instanz, vgl. § 373 St.P.O. Es findet ein *novum judicium* statt, sodass man nicht unrichtig die Berufungsinstanz als eine zweite erste Instanz bezeichnet hat[8]). Namentlich sind *nova* zulässig, es ist nicht etwa bloss zu prüfen, ob das Untergericht, so wie die Sache damals lag, richtig erkannt hat; auch nach dem Urteil eingetretene Verschiebungen der Sachlage (Stellung eines Strafantrags u. s. w.) sind mit zu berücksichtigen.

Das Berufungsgericht hat sich also nicht etwa auf die Prüfung zu beschränken, ob die vom Beschwerdeführer erhobenen Bemängelungen zutreffen. Hat der Angeklagte z. B. seine Berufung darauf gegründet, dass das Gericht Falsches gegen ihn geglaubt habe, so hat das Berufungsgericht, wenn es in diesem Punkte die Berufung nicht für durchgreifend hält, gleichwohl noch zu prüfen, ob nicht etwa z. B. bei der unterrichterlichen Entscheidung *in jure* geirrt ist u. s. w. Auch auf vorgekommene prozessuale Fehler hin, soweit sie nicht inzwischen geheilt sind, hat das Berufungsgericht das bisherige Verfahren zu revidieren, sie mögen von den Parteien gerügt

---

[5]) Reichsgericht, G.A. XLII, 251.

[6]) So Birkmeyer 663. A. M. (Urteil): Bennecke 738 Anm. 29, 744 Anm. 1. Die im Text vertretene Ansicht harmoniert nicht allein mit dem System im ganzen, wonach Formalurteile nur eine singuläre Erscheinung sind; sondern auch mit § 363 St.P.O., der freilich schlecht gefasst ist. Der Umstand, dass zwischen die Einlegung der Berufung und die Entscheidung eine Hauptverhandlung dazwischengetreten nötigt nicht zu einem Urteil, vgl. oben S. 535.

[7]) § 368 St.P.O. Oben § 104 S. 440.

[8]) Binding 183.

sein oder nicht[9]). Nur dann verhält es sich anders, wenn sich der Beschwerdeführer auf bestimmte Beschwerdepunkte beschränkt, also ausdrücklich erklärt hat, dass er eine Überprüfung des Vorderurteils nur unter diesen und jenen Gesichtspunkten wünsche, § 359 St.P.O.[10]). Alsdann ist ausschliesslich über den einzelnen Beschwerdepunkt (z. B. darüber, ob untauglicher Versuch strafbar ist,) zu verhandeln, das übrige Prozessmaterial bleibt ungeprüft.

Aus dem Ergebnis der Hauptverhandlung sind sodann die Konsequenzen zu ziehen, so jedoch, dass *reformatio in pejus* ausgeschlossen ist[11]), St.P.O. § 372.

Ergiebt die berufungsinstanzliche Hauptverhandlung nicht, dass das angefochtene Urteil ein *gravamen* für den Beschwerdeführer enthält, sodass also das Berufungsgericht, wenn es erste Instanz wäre, das Urteil genau ebenso fällen würde, wie es in erster Instanz geschehen ist, so ist die Berufung „als unbegründet zu verwerfen", und zwar durch Urteil.

Gelangt das Berufungsgericht dagegen zu einem dem Beschwerdeführer günstigeren Ergebnis, als das Untergericht, hat also die Berufung Erfolg, so ist in jedem Falle das untergerichtliche Urteil (in dem Umfange, in dem die Sache devolviert ist) aufzuheben. Gleichzeitig hat das Berufungsgericht regulär das Urteil in der Sache selbst so zu fällen, wie wenn es erste Instanz wäre (Freisprechung, Verurteilung u. s. w.). Ausnahmsweise kann aber das Berufungsgericht sich des Urteils in der Sache enthalten und sich auf Aufhebung des Vorderurteils und Zurückverweisung der Sache in die Vorinstanz zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung beschränken, wenn das Verfahren erster Instanz so fehlerhaft war, dass auch die Revision begründet sein würde, § 369 Abs. 2. Das Berufungsgericht wird von dieser Möglichkeit dann Gebrauch machen, wenn die erste Instanz so mangelhaft war, dass die Strafsache eigentlich erst in der Berufungsinstanz voll zur Geltung gekommen ist.

Das Untergericht, an welches die Zurückverweisung erfolgt ist, hat sodann die Sache, insoweit sie überhaupt noch *in lite* ist[12]), neu

---

[9]) Ebenso Bennecke 745 Anm. 5; Löwe 5 zu § 369; v. Kries, Rechtsmittel 142; Geyer 812. A. M. Stenglein 4 zu § 369; v. Schwarze H. H. II, 287; v. Kries Lehrbuch 666; Ullmann 596; Binding 248, wohl auch Ötker 628.

[10]) Oben § 129 III.

[11]) Oben S. 443.

[12]) Oben S. 440.

zu verhandeln. An die Rechtsauffassung des Berufungsgerichts ist es dabei nicht gebunden (wie sich *argum. e contrario* aus § 398[13]) ergiebt). Dagegen darf es im Vergleich zu seinem eigenen früheren (vom Berufungsgericht aufgehobenen) Urteil nicht *in pejus* reformieren[14]). Das gefällte Urteil ist natürlich wiederum mit Berufung anfechtbar.

War das in erster Instanz mit der Sache befasste Amts- bezw. Schöffengericht gar nicht zuständig, so hat das berufungsgerichtliche Urteil zu lauten auf Aufhebung des angefochtenen Urteils und Verweisung der Sache an das zuständige Gericht, § 369 Abs. 3 St.P.O.

Ist das mit der Berufung befasste Gericht selbst das zur Aburteilung in erster Instanz zuständige, so hat es selbst als Gericht erster Instanz zu verhandeln und zu erkennen; in den Sachen, die bisher als Übertretungssachen aufgefasst waren, in denen daher die Berufungs-Strafkammer nur in der Besetzung von drei Richtern tagte, muss als Gericht erster Instanz nunmehr natürlich gemäss G.V.G. § 77 die fünfgliedrige Strafkammer eintreten[15]); auch das Verfahren muss sich nunmehr völlig den für die Hauptverhandlung erster Instanz geltenden Sätzen anpassen[16]). Gegen das alsdann ergehende Urteil ist, wie gegen jedes erstinstanzliche Urteil, Revision gegeben.

III. Besondere Sätze gelten für den Fall der unentschuldigten Versäumnis[17]).

1. Hatte der Angeklagte oder für ihn ein gewillkürter Vertreter oder der Verteidiger die Berufung eingelegt und erscheint der Angeklagte in der Hauptverhandlung nicht, so wird die Berufung dadurch hinfällig; sie ist sofort ohne Eingehen auf die Sache durch Formalurteil[18]) als unzulässig zu verwerfen; dies Urteil ist seinem Wesen nach ein „Versäumnis"-(Kontumacial-)Urteil im Sinne des Civilprozessrechts.

---

[13]) Unten § 133.

[14]) E. XXV, 399; Bennecke 748 Anm. 24; v. Lilienthal H.R.Lex. III, 1. Hälfte 317; Löwe 5 zu § 372; Thode Verbot der *reform. in pej.* 16. A. M. v. Kries Rechtsmittel 117.

[15]) E. XIX, 166, 173.

[16]) Vgl. z. B. R. VIII, 342, V, 731; E. IX, 282, XX, 390; Löwe 12a; Stenglein 11 zu § 369.

[17]) Ausser wenn der Angeklagte gemäss § 232 St.P.O. vom Erscheinen in der berufungsinstanzlichen Hauptverhandlung entbunden worden ist; in diesem Falle gelten die nachfolgenden Sonderbestimmungen nicht, sondern es findet reguläre Absenzverhandlung, wie in erster Instanz statt; Bennecke 747 Anm. 16; Löwe 1c zu § 370; v. Kries 654; Ullmann 593. Anders Stenglein 1 zu § 370.

[18]) Das ergiebt sich aus Abs. 2 des § 370.

Da das Gesetz hier ein Eingehen auf die Sache selbst unzweideutig abschneidet und die Berufung schlechthin hinfällig werden lässt, so kommt auch gar nicht mehr in Frage, ob etwa vorher die Berufung schon irgendwelchen Erfolg gehabt hatte. Hatte z. B der Angeklagte gegen ein ihn zu drei Monaten Gefängnis verurteilendes Erkenntnis erster Instanz Berufung eingelegt, war er in der Berufungshandlung erschienen und hatte Herabsetzung der Strafe auf einen Monat Gefängnis erzielt, darauf Revision eingelegt und die Zurückverweisung der Sache in die Berufungsinstanz erstritten, so kommt es doch bei nunmehrigem Ausbleiben zur Verwerfung der Berufung, es verbleibt also bei der Strafe von drei Monaten Gefängnis, wiewohl beim Erscheinen des Angeklagten in der Hauptverhandlung gemäss dem Verbot der *reformatio in pejus* die höchste zulässige Strafe sich auf einen Monat bemessen haben würde.

Diese Folgen treten im Prinzip auch dann ein, wenn der Angeklagte einen Vertreter in die Hauptverhandlung entsandt hatte. Nur in demselben beschränkten Umfange, wie in erster Instanz (§ 233 St.P.O.)[19], ist eine Vertretung (durch einen Verteidiger) statthaft; in diesen Fällen tritt die Contumacialfolge nicht ein, wenn ein solcher Verteidiger-Vertreter zur Stelle (oder sein Ausbleiben entschuldigt) ist, vgl. § 370 St.P.O.

Wenn der Angeklagte anfänglich zur Stelle war, sich aber nachher entfernt hat, so gilt nicht § 370, sondern § 230 St.P.O. Auf das Ausbleiben eines Vertreters der Staatsanwaltschaft bezieht sich § 370 St.P.O. nicht.

2. War die Berufung von der Staatsanwaltschaft eingelegt, und ist der Angeklagte nicht erschienen, so steht es im Ermessen des Gerichts, ob es die Vorführung oder Verhaftung des Angeklagten anordnen oder ohne ihn verhandeln will; ein Versäumnisurteil ergeht nicht, das Verfahren ist, wenn ohne den Angeklagten verhandelt wird, gestaltet wie die Absenzverhandlung in erster Instanz[20]).

3. War die Berufung von dem gesetzlichen Vertreter oder Ehemann kraft eigenen Rechts eingelegt worden, und erscheint der Angeklagte nicht, so kann seine Vorführung angeordnet, aber auch ohne ihn verhandelt werden, § 371 St.P.O. Ist dagegen der Beschwerdeführer selbst ausgeblieben, so wird, auch wenn der Angeklagte er-

---

[19]) Oben S. 520—521. Bei der Frage, ob Vertretung zulässig ist, spielt somit die Höhe der in erster Instanz erkannten Strafe gar keine Rolle; Bennecke 746 Anm. 12; Löwe 2a; Stenglein 1 zu § 370; v. Kries 654, Rechtsmittel 125; Kleinfeller G.S. XLV, 375; Ullmann 593. A. M. v. Schwarze 2 zu § 370, H.H. II, 73; Voitus 1 zu § 370 und Kontroversen II, 73; Keller 3a zu § 370.

[20]) Oben S. 520.

schienen ist, nach Analogie des § 370 die Berufung als unzulässig zu verwerfen sein[21]).

In den Fällen, in denen das Urteil ohne Anwesenheit des Angeklagten gesprochen worden ist, sei es als Kontumacial-, sei es als gewöhnliches Absenzurteil, ist dem Angeklagten ganz wie gegen Absenzurteile erster Instanz und unter denselben Voraussetzungen (§§ 44, 45, 234 Abs. 2 St.P.O.)[22]) die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt, §§ 370 Abs. 2, 373 St.P.O. Analog wird dem kontumazierten gesetzlichen Vertreter und Ehemann im Falle 3 die Wiedereinsetzung zu gewähren sein[23]).

### b) Das Revisionsverfahren.

### § 131.

#### α) Allgemeines; Zulässigkeit der Revision; Revisionsgründe.

I. Die Revision ist statthaft gegen Urteile der Schwurgerichte und gegen — erstinstanzliche wie berufungsinstanzliche — Urteile der Strafkammern, § 374. St.P.O.

Revisionsgericht ist

1. gegenüber Schwurgerichtsurteilen stets das Reichsgericht; § 136² G.V.G.;

2. gegenüber erstinstanzlichen Strafkammerurteilen regelmässig das Reichsgericht, § 136² G.V.G., ausgenommen den Fall, dass die Revision ausschliesslich auf Verletzung eines landesrechtlichen Rechtssatzes gestützt wird; letzterenfalls geht die Revision an die Oberlandesgerichte, § 123³ G.V.G., und zwar in Preussen an das Kammergericht § 9 E.G.V.G., Preuss. A.G.V.G. § 50¹;

3. gegenüber berufungsinstanzlichen Strafkammerurteilen sind für die Revision zuständig regelmässig die Oberlandesgerichte, § 123² G.V.G. (und zwar in Preussen das Kammergericht dann, wenn eine nach preussischem Landesrecht strafbare Handlung den Gegenstand der Untersuchung bildet, E.G.V.G. § 9, Preuss. A.G.V.G. § 50²).

Ausnahmsweise geht im Falle 3 in Strafsachen wegen Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Erhebung öffentlicher in die Reichskasse fliessender Abgaben und Gefälle die Revision an das

[21]) A. M. Bennecke 747; Löwe 1; Stenglein 1 zu § 371; Birkmeyer 706 (sofern nur der Angeklagte erschienen sei, müsse trotz des Ausbleibens des Beschwerdeführers verhandelt werden).

[22]) Vgl. oben S. 521.

[23]) Ebenso Bennecke 748 Anm. 21.

Reichsgericht, wenn die Staatsanwaltschaft bei Einsendung der Akten darauf anträgt, § 136 Abs. 2 G.V.G.

Die Revisionsinstanz ist ausnahmslos letzte Instanz. Gegen ihre Entscheidung ist kein weiteres Rechtsmittel gegeben.

II. Die Revision ist ein beschränktes Rechtsmittel, sie ist nicht im Stande, eine Überprüfung der untergerichtlichen Thatfrageentscheidung herbeizuführen, sondern nur eine Überprüfung der Rechtsfrageentscheidung, sowie des die untergerichtliche Entscheidung tragenden Verfahrens. Die Beweiswürdigung des Untergerichts ist also durch Revision nicht zu erschüttern[1]). Soll die Revision durchdringen, so muss vielmehr

1. in dem bisherigen Verfahren eine Rechtsnorm[2]) nicht oder nicht richtig angewendet worden sein, § 376 Abs. 2 St.P.O., es muss also entweder ein Rechtssatz angewendet worden sein, obwohl seine Voraussetzungen nicht zutrafen, oder umgekehrt ein Rechtssatz nicht angewendet worden sein, obwohl seine Voraussetzungen zutrafen.

Dabei ist eine zweifache Möglichkeit gegeben:

a) Entweder es steht in Frage ein Fehler im Verfahren, also die Verletzung eines Satzes des Strafprozessrechts in seiner Anwendung auf den gegenwärtigen Prozess, die fehlerhafte Vornahme oder Nichtvornahme einer Prozesshandlung, insonderheit einer dem Urteil vorangegangenen Entscheidung (Ablehnung eines Beweisantrages, Geschworenenspruch u. s. w.), § 375 St.P.O. Von einem „Fehler" lässt sich aber hierbei nur dann reden, wenn einem imperativischen Rechtssatz nicht Genüge geschehen ist. Verfehlungen gegen die bloss instruktionellen („Soll-")Sätze, z. B. St.G.B. § 164 Abs. 2[3]), sowie unrichtige Anwendung des dem Richter freigegebenen Ermessens (z. B. bei Abmessung der Strafe innerhalb des Strafrahmens) können

---

[1]) Vgl. dazu Binding Grdr. 253 β.

[2]) = Rechtssatz (sei es gesetzes- oder gewohnheitsrechtlich oder etwa durch Analogie gewonnen u. s. w.), vgl. § 7 (E.St.P.O., E. IX, 299, R. V, 673), und zwar ein Rechtssatz, wie ihn der deutsche Richter überhaupt anzuwenden hat, d. h. ein deutscher oder ein solcher ausländischer oder völkerrechtlicher Satz, auf den das deutsche Recht verweist, vgl. z. B. St.G.B. § 4[3]. Fremdstaatliches Recht als solches und Völkerrecht als solches bleiben ausser Betracht. Bezüglich des Völkerrechts vgl. Triepel, Völkerrecht und Landesrecht 1899. Nicht revisibel sind Verwaltungsverordnungen im Gegensatz zu Rechtsverordnungen, dienstliche Anordnungen u. dgl. E. XXIX, 180, II, 195, III, 8; Binding Grdr. 253.

[3]) E. XXXI, 231 scheint hier freilich kein Bedenken bezüglich der Revisibilität gehabt zu haben.

mit der Revision nicht gerügt werden[4]). Selbstverständlich ist, dass auch geheilte Verstösse endgültig ihre Bedeutung verloren haben. Selbst Verstösse gegen imperativische Sätze aber sind nicht ausnahmslos zur Stützung der Revision geeignet. Die Revision gegen berufungsgerichtliche Strafkammerurteile kann nämlich auf Fehler im Verfahren nur in ganz geringem Umfang gestützt werden: es kann nämlich hier mittels der Revision nur gerügt werden (§ 380 St.P.O.)

α) dass die Strafkammer, nachdem schon einmal eine Revision in der betreffenden Strafsache zur Zurückverweisung an die Strafkammer geführt hatte, sich der Rechtsauffassung des Revisionsgerichts zuwider dem § 398 Abs. 1 St.P.O.[5]) nicht angepasst habe; oder

β) dass die Strafkammer in unzulässiger Weise *in pejus* reformiert habe, § 398 Abs. 2 St.P.O.

Alle anderen Prozessfehler, die im Verfahren vorgekommen sind, können mit der Revision gegen Berufungsurteile unpassender Weise nicht gerügt werden[6]). Die Bedenklichkeit dieser Bestimmung ist allseitig anerkannt[7]).

b) Oder es handelt sich darum, dass das Untergericht bei der materiellrechtlichen Entscheidung fälschlich Obersätze zu Grunde gelegt hat, die auf den Untersatz nicht passen, (z. B. den § 242 St G.B. auf eine Wegnahme von Elektrizität), oder auf die festgestellten Untersätze Obersätze nicht angewendet hat, die auf jene passen, (z. B. den Notwehrparagraphen auf eine Verteidigungshandlung, die festgestelltermassen die Merkmale der Notwehr an sich trägt.)

Eine solche materiellrechtliche Rüge kann aus allen möglichen Rechtsgebieten entnommen werden, insoweit sie alle dem Strafrichter die anzuwendenden Obersätze gewähren. Es kommt dabei in erster Linie natürlich das materielle Strafrecht in Betracht, aber da dessen Sätze sich an die anderen Rechtsgebiete anlehnen, so kann eine materiellrechtliche Rüge sich beziehen z. B. auf das Bürgerliche Recht (z. B. das Untergericht sei dadurch zu einer Verurteilung wegen Diebstahls gelangt, weil es einen eigentumsrechtlichen Satz des B.G.B. missverstanden habe); auf das Ver-

---

[4]) Bennecke 753 Anm. 22; v. Kries 675; Ullmann 604; Binding 253.

[5]) Unten § 133 a. E.

[6]) Deshalb sind z. B. berufungsgerichtliche Kontumacialurteile — oben S. 578 — mit der Revision unangreifbar, da bei ihnen, die auf die Sache gar nicht eingehen, auch eine materiellrechtliche Rüge (unten b) undenkbar ist. Lamm, Revision, 18, Kammergericht, Johow II, 205; M. V, 136, VIII, 401; Karl Schmidt, Der § 380, 48; Puchelt 3 zu § 370; v. Kries Rechtsmittel 123. Hiervon wollen zwar Ausnahmen als möglich anerkennen: Haas G.S. XXXIII, 136; Löwe 4; Stenglein 3 zu § 370; Bennecke 747, Anm. 18. Dagegen aber mit Recht Höpfner G.A. XLIV, 345.

[7]) Vgl. besonders Karl Schmidt, Der § 380 St.P.O. 1885; Löwe 4 zu § 380; Bennecke 758 Anm. 9; v. Kries 679; Binding Grdr. 259.

waltungsrecht (z. B. das Untergericht habe einen Satz über die Befugnisse der Polizei verkannt), ja sogar auf das Strafprozessrecht (z. B. das Untergericht habe im Prozess gegen A wegen Freiheitsberaubung, verübt an B, den § 127 St.P.O. falsch angewendet), u. s. w.

Derartige materiellrechtliche Rügen sind (im Gegensatz zu den prozessualen, § 380 St.P.O.) auch bei der Revision gegen berufungsgerichtliche Urteile in vollem Umfange zulässig[8]).

Ob aber die Untersätze an sich richtig sind, das kann durch die Revision nicht in Frage gestellt werden (ob also z. B. der Angeklagte wirklich derjenige gewesen ist, der in diebischer Absicht in ein Haus eingestiegen ist, ob er diese oder jene Äusserung gethan hat u. s. w.[9]).

Die Feststellung, ob es sich um einen Irrtum im Obersatz (Rechtsfrage) oder im Untersatz (Thatfrage) handelt, kann mitunter scheinbar zweifelhaft werden. Den Schlüssel zur Beseitigung des Zweifels ergiebt die Erwägung, dass die Thatfrage es mit konkreten Stücken des menschlichen Lebens, die Rechtsfrage dagegen mit abstrakten Sätzen zu thun hat[10]).

2. Ein solcher (prozess- oder materiellrechtlicher) Verstoss gegen das Gesetz kann aber die Revision nur dann begründen, wenn auf ihm das angefochtene Urteil beruht, wenn Kausalzusammenhang zwischen Verstoss und Urteil gegeben ist.

Kausal für das Urteil sind aber

a) Fehler im Verfahren dann, wenn bei richtiger Prozedur die Urteilsfällung hätte unterbleiben müssen, oder der Urteilsinhalt anders ausgefallen wäre.

Daraus ergiebt sich, dass das Fehlen einer Urteilsvoraussetzung[11]) immer die Revision rechtfertigt[12]). Es können ferner einen Revisionsgrund abgeben

---

[8]) Hier wird deshalb von Wichtigkeit, ob man gewisse Materien dem Prozessrecht oder dem materiellen Recht zuweist (Strafantrag, Ehescheidung beim Ehebruch, Verjährung, Rechtskraftwirkung u. s. w.). Darüber siehe im einzelnen K. Schmidt, Der § 380, 1885. Sätze, die gleichzeitig Strafprozessrecht und materielles Recht wären, kann es begrifflich nicht geben, so Bennecke 757 Anm. 8 gegen Löwe 2b zu § 380. Die Sätze der §§ 497 ff. (Kosten) sind materiellrechtlich, Bennecke 758 Anm. 8; v. Kries 678; Stenglein** zu § 380; Ullmann 608.

[9]) Oben II im Anfang.

[10]) Handelt es sich um die Frage, ob eine gewisse Entfernung eine „grosse" im Sinne der §§ 222, 232 St.P.O. sei, so ist die Frage, wieviel Kilometer zwischen den Orten liegen, ob Verkehrshindernisse sie trennen u. s. w., Thatfrage, dagegen die Frage, ob „eine" Entfernung z. B. von 30 Kilometer eine „grosse" ist, Rechtsfrage. Übereinstimmend E. IV. 174; R. III, 301, IV, 120; Löwe 5b zu § 222. Dagegen R. II, 204, 602; Bennecke 522 Anm. 18; Stenglein 3 zu § 222.

[11]) Oben S. 381 ff.

[12]) Binding Grdr. 256.



z. B. das Fehlen einer Voruntersuchung, wo sie notwendig war[13]); die Nichterschöpfung der Beweisaufnahme zuwider dem § 244[14]); die gesetzwidrige Vereidigung oder Nichtvereidigung eines Zeugen über eine relevante Thatsache; die Verurteilung aus einem veränderten rechtlichen Gesichtspunkte ohne zuvorigen Hinweis zuwider dem § 264 St.P.O.[15]); Nichtstellung der Frage nach der „Einsicht" bei Jugendlichen[16]); Verkehr der im Beratungszimmer befindlichen Geschworenen mit der Aussenwelt[17]); Verhandlung gegen eine der ordentlichen Gerichtsbarkeit nicht unterstehende Person[18]).

Ob ein Kausalzusammenhang vorliegt, ist in jedem Falle besonders zu prüfen. Gewisse Verstösse im Verfahren jedoch werden vom Gesetz ohne weiteres als kausal für das Urteil behandelt; es sind dies die sogenannten absoluten Revisionsgründe (besser „unbedingte" Revisionsgründe) des § 377 St.P.O. Liegt nämlich einer der dort aufgeführten Verstösse vor, so schlägt die Revision auch dann durch, wenn im konkreten Falle jeder Nachweis eines ursächlichen Zusammenhanges fehlt.

Diese unbedingten Revisionsgründe sind folgende[19]):

α) Vorschriftswidrige Besetzung des Gerichts oder der Geschworenenbank;

β) Mitwirkung eines kraft Gesetzes ausgeschlossenen Richters, Schöffen oder Geschworenen bei dem Urteil;

γ) Mitwirkung eines abgelehnten Richters, nachdem die Ablehnung zuvor für begründet erklärt oder zu Unrecht verworfen worden war;

δ) Unzuständigkeit des Gerichts;

ε) Fehlen der Staatsanwaltschaft in der Hauptverhandlung oder einer Person, deren Anwesenheit in der Hauptverhandlung gesetzlich vorgeschrieben ist;

ζ) Verletzung der Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens in der Hauptverhandlung;

η) Fehlen von Entscheidungsgründen in der Urteilsurkunde;

---

[13]) A. M. Bennecke 482 Anm. 4; Löwe 1b; Stenglein 1, 7 zu § 176; R. III, 91, VI, 161; Binding Grdr. 257; v. Kries 480; Ullmann 404; Süss Stellung der Parteien 250 Anm. 1. Gegen Benneckes Argumentation: auch bei Aufhebung des Urteils würde das neue Verfahren doch wieder auf Grund des Eröffnungsbeschlusses ergehen, vgl. unten § 133 VIII.

[14]) Vgl. Bennecke 541 und Anm. 12 daselbst.

[15]) Bennecke 564 Anm. 19.

[16]) E. XXXI, 232.

[17]) Bennecke 610 Anm. 22, der aber zu weit geht, wenn er auch ohne Bestehen eines Beeinflussungsverdachts die Revision durchschlagen lassen will.

[18]) E. XII, 125; R. VII, 198; G.A. XXXVII, 312, XXXVIII, 78.

[19]) Kasuistik hierzu s. bei Bennecke 755 Anm. 27, vgl. auch 401 Anm. 27 und 29, 402 Anm. 33; Löwe 2—18 zu § 377.

ϑ) unzulässige Beschränkung der Verteidigung in einem für die Entscheidung wesentlichen Punkte durch Gerichtsbeschluss.

b) Materiellrechtliche Fehler sind kausal für das Urteil dann, wenn eine inhaltlich andere Entscheidung bei Ausmerzung der unrichtigen und Zugrundelegung der richtigen Obersätze sich ergeben würde.

Als nicht revisibel scheiden somit aus alle Rechtssatzverletzungen, die das Urteil nicht beeinflusst haben.

Beispiele sind (nichtrevisible Fehler im Verfahren): Nichtzustellung der Anklageschrift vor Fassung des Eröffnungsbeschlusses zuwider dem § 199 St.P.O. [20]). Fehler im Sitzungsprotokoll (Wirkungslosigkeit der „Protokollrügen“ [21]);

(nichtrevisible materiellrechtliche Fehler): Freisprechung von der Anklage der Sachbeschädigung mit der Begründung, dass 1. der Angeklagte gar keine fremde, sondern eine herrenlose Sache beschädigt habe, und zwar 2. nicht „absichtlich“; — der Fehler ad 2 („absichtlich“ statt „vorsätzlich“) wäre nicht revisibel, weil die Entscheidung schon durch die Erwägung ad 1 für sich allein getragen wird.

## § 132.

### β) Verfahren bis zur Hauptverhandlung.

I. Zur Geltendmachung der Revision berechtigt sind die oben § 104 II als allgemein rechtsmittelberechtigt Genannten. Dabei ist aber die Staatsanwaltschaft stark eingeschränkt:

1. Sie kann einen im Verfahren vorgekommenen Verstoss gegen einen lediglich zu Gunsten [1]) des Angeklagten gegebenen Rechtssatz nicht als Handhabe benutzen, um das Urteil zu Ungunsten des Angeklagten anzufechten, § 378 St.P.O.

2. Gegen Schwurgerichtsurteile, die auf einem auf „Nichtschuldig“ lautenden Verdikt [2]) basieren, hat die Staatsanwaltschaft nach § 379 St.P.O. die Revision nur dann, wenn sie sich gründet auf gesetzwidrige Stellung oder Nichtstellung einer Frage oder auf einen der unbedingten Revisionsgründe in § 377 [1], [2], [3], [5] St.P.O. Vorausgesetzt ist in § 379 allerdings, dass das Verdikt selbst

[20]) Bennecke 494 Anm. 13; E. IV, 364, II, 19; R. I, 262; Löwe 3b zu 199.
[21]) Bennecke 752 Anm. 15; R. IX, 55; Löwe 7 zu § 291.
[1]) Vgl. Bennecke 756 Anm. 1, 2, auch E. XXIX, 48.
[2]) Also einem solchen, das die Haupt- (und sämtliche etwa gestellten Hülfs-)fragen verneint oder zwar diese bejaht, aber eine davon abgesplitterte Nebenfrage so beantwortet, dass der Strafanspruch negiert wird.

ordnungsmässig zu Stande gekommen ist; Fehler im Zustandekommen des Spruchs kann die Staatsanwaltschaft somit stets rügen[3]).

Weitergehende Beschränkungen der Revision (etwa nach Art der civilprozessualen Revision eine Beschränkung auf eine *Summa revisibilis,* auf die Rüge revisiblen Rechts u. s. w.) sind der St.P.O. nicht bekannt

II. Die Einlegung der Revision weist keine Besonderheiten auf, § 381 St.P.O.[4]). Das Verhältnis der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Revision ist das gleiche wie zur Berufung, § 382 St.P.O.[5]). Auch darin gleicht das Verfahren dem Berufungsverfahren, dass alsbald nach Einlegung des Rechtsmittels das Urteil mit Gründen dem Beschwerdeführer zuzustellen ist, sofern dies noch nicht geschehen war, § 383 Abs. 2 St.P.O.

Ein einschneidender Unterschied der Revision gegenüber der Berufung ist aber der, dass hier die Rechtfertigung des Rechtsmittels obligatorisch, Revisionsvoraussetzung ist: der Beschwerdeführer hat bei der Revision die Erklärung abzugeben, inwieweit er das Urteil anfechte und dessen Aufhebung beantrage (Revisionsanträge), und die Anträge zu begründen, § 384 St.P.O. Dabei muss die Begründung der Revision einen derartigen Verstoss behaupten, der geeignet ist, die Aufhebung des Urteils im Wege der Revision herbeizuführen. Würde der Beschwerdeführer etwa lediglich die Glaubwürdigkeit eines Zeugen beanstanden, so wäre seine Revision unzulässig, nicht gehörig gerechtfertigt, und ohne Eingehen auf die Sache zu verwerfen. Die Revisionsrüge muss weiter erkennen lassen, ob das Urteil wegen Verletzung eines Rechtssatzes über das Verfahren oder wegen Verletzung eines anderen Rechtssatzes angefochten wird, St.P.O. § 384 Abs. 2. Im letzteren Falle genügt die generelle Erklärung des Beschwerdeführers, dass er „einen Verstoss gegen das materielle Recht" rüge; einer Angabe, worin dieser Verstoss bestehe, bedarf es nicht. Soll der Revisionsangriff dagegen auf einen Fehler im Verfahren gestützt werden, so muss dieser Fehler speziell bezeichnet und es müssen „die den Mangel enthaltenden Thatsachen" angegeben werden, § 384 Abs. 2 Satz 2 St.P.O.

---

[3]) Ganz besonders bietet der Umstand, dass unzulässigerweise ein Berichtigungsverfahren stattgehabt hat oder unterblieben ist, einen Revisionsgrund, E. VI, 317, XIV, 298, II, 96; R. IV, 315, 401, VIII, 441, II, 60; Bennecke 757 Anm. 5.

[4]) Oben § 105 I.

[5]) Oben S. 572 Anm. 5.

Zur Rechtfertigung der Revision ist eine Frist von einer Woche gegeben[6]). Sie läuft vom Ablauf der Revisionseinlegungsfrist ab, oder, wenn zu diesem Zeitpunkt das Urteil noch nicht zugestellt war, von der Zustellung des Urteils ab. Wie die Einlegung, so ist auch die Rechtfertigung der Revision beim *judex a quo* anzubringen, § 385 Abs. 1 St.P.O. Dabei besteht für den Angeklagten[7]) Verteidiger- oder Anwalts- oder Gerichtsschreiberzwang[8]), § 385 Abs. 2 St.P.O.

III. Zur ersten Prüfung der Revision ist das Untergericht berufen. Es hat die Revision durch Beschluss als unzulässig zu verwerfen, wenn die Revision verspätet[9]) eingelegt ist, oder die Revisionsrechtfertigungen nicht frist- oder formgerecht angebracht sind, § 386 St.P.O. Gegen diesen Beschluss des Untergerichts kann der Beschwerdeführer binnen einer Woche nach Zustellung auf die Entscheidung des Revisionsgerichts antragen, § 386 Abs. 2 St.P.O.

Sofern dagegen das Untergericht die in § 386 erwähnten Revisionsvoraussetzungen für gegeben erachtet, wird die Revisionsschrift dem Gegner des Beschwerdeführers zugestellt[10]), § 387 St.P.O. Dem Gegner des Beschwerdeführers steht frei, binnen einer Woche eine schriftliche Gegenerklärung einzureichen, und zwar kann der Angeklagte diese auch zu Protokoll des Gerichtsschreibers abgeben. Nach Eingang der Gegenerklärung oder Ablauf der für sie laufenden Frist werden die Akten der Staatsanwaltschaft übergeben, die sie an die Staatsanwaltschaft des Revisionsgerichts behufs Vorlegung an letzteres einsendet, § 387 St.P.O.

IV. Das Revisionsgericht hat vorab seine Zuständigkeit zu prüfen. Findet das Gericht, dass ein anderes Revisionsgericht zuständig ist, so hat es durch Beschluss seine Unzuständigkeit auszusprechen. Dieser Beschluss ist unanfechtbar und für das darin bezeichnete Revisionsgericht bindend, § 388 St.P.O.

---

[6]) Die Rechtfertigung kann aber auch vorher, besonders auch gleichzeitig mit der Einlegung erfolgen. — Als Formalakt ist die einmal erfolgte Revisionsrechtfertigung nicht ergänzbar; Nachbringung weiterer Revisionsbeschwerden ist nicht zugelassen, E. XXIV, 250.

[7]) Und analog für den gesetzlichen Vertreter und Ehemann, Bennecke 760 Anm. 22.

[8]) Kasuistik hierzu s. bei Bennecke 760 Anm. 23; dazu E. XXVIII, 430, XXVII, 211; Frank Z. X, 599.

[9]) Die Form der Revisionseinlegung prüft das Untergericht nicht.

[10]) Durch die Staatsanwaltschaft (natürlich nur insofern nicht sie selbst der „Gegner des Beschwerdeführers“ ist), nicht vom Gericht direkt (Analogie des § 361, Grundgedanke des § 36 St.P.O.); O. L. G. Cöln 1885, 1889, G.A. XXXVIII, 15. A. M. Löwe 2b zu § 387.

Ferner hat das Revisionsgericht zu prüfen, ob die Revisionsvoraussetzungen gegeben sind. Fehlt es daran, so ist in eine Hauptverhandlung nicht einzutreten, sondern die Revision durch Beschluss als unzulässig zu verwerfen, § 389 St.P.O.[11]).

## § 133.

### γ) Die Hauptverhandlung in der Revisionsinstanz; die erneute Hauptverhandlung in erster Instanz.

I. Erscheint weder zu einem Revisionsverwerfungsbeschluss, noch zu einer Unzuständigkeitserklärung (oben § 132 IV) Anlass gegeben, so kommt es zur Hauptverhandlung, die gegenüber der Hauptverhandlung in erster und in der Berufungsinstanz den bedeutsamen Unterschied aufweist, dass eine eigene Beweisaufnahme über die materiellrechtlich erheblichen Thatsachen durchaus ausgeschlossen ist. Diese Thatsachen nimmt das Revisionsgericht gemäss dem oben[1]) Ausgeführten ausschliesslich aus der Hand des Untergerichts. Die Beweiserhebung ist mittelbar, sie ruht auf schriftlicher Grundlage, nämlich auf der Urteilsurkunde der Vorinstanz[2]). Nicht einmal *nova* werden in der Revisionsinstanz festgestellt, diese können vielmehr höchstens in einem Wiederaufnahmeverfahren (unten §§ 134 ff.) berücksichtigt werden[3]). Wohl aber werden eventuell prozessual erhebliche Thatsachen in der Hauptverhandlung in geeigneter Weise (Akteneinsicht u. s. w.) festgestellt.

II. Die Anwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung ist nicht erforderlich. Er ist aber von dem Termin zu benachrichtigen und ist, wenn er sich auf freiem Fusse befindet, zu erscheinen berechtigt, kann sich auch in jedem Falle durch einen Verteidiger vertreten lassen, § 390 St.P.O.

III. Die Hauptverhandlung beginnt mit dem Vortrage des Berichterstatters; auf ihn folgen die Plaidoyers, § 391 St.P.O.

IV. Die Entscheidung des Revisionsgerichts hängt in erster Linie natürlich davon ab, ob die Revisionsvoraussetzungen vorliegen (Frist, Form, Rechtfertigung). Fehlt es daran, so ist die Revision als unzulässig zu verwerfen, und zwar durch Beschluss[4]).

---

[11]) Zu dem „kann“ in § 389 vgl. oben § 129 Anm. 18.

[1]) § 131 II.

[2]) Vgl. unten V.

[3]) Vgl. R. II, 17, VII, 225; Bennecke 752, Anm. 18.

[4]) Ebenso Birkmeyer 663. Nach a. M. (Bennecke 762, 764 Anm. 13; Binding, Grdr. 262) durch Urteil. Es gilt hier *mut. mut.* das, was oben § 130 Anm. 6 bezüglich der Berufung ausgeführt ist.

Sofern die Revision dagegen zulässig erscheint, ist auf die Sache selbst einzugehen, natürlich nur soweit wie die Sache an das Revisionsgericht devolviert ist[5]). Aber diese Prüfung, die das Revisionsgericht vorzunehmen hat, ist im Gegensatz zu der berufungsgerichtlichen Sachprüfung[6]) stets eine beschränkte, in der Richtung des Revisionsangriffs liegende. Hat nämlich der Beschwerdeführer einen Verstoss im Verfahren gerügt, so kann das Revisionsgericht nicht prüfen, ob die materiellrechtliche Auffassung des Untergerichts Mängel aufweist; hat er umgekehrt einen materiellrechtlichen Verstoss gerügt, so kann das Revisionsgericht nicht das Verfahren einer Nachprüfung unterziehen. Im ersteren Falle geht die Gebundenheit des Revisionsgerichts sogar noch weiter: hier darf nur derjenige spezielle Verstoss, den der Beschwerdeführer gerügt hat, nachgeprüft werden, § 392 St.P.O.[7]). Anders bei den materiellrechtlichen Rügen. Hat der Beschwerdeführer eine solche angebracht, so ist die materiellrechtliche Seite der angefochtenen Entscheidung ganz frei nachzuprüfen, auch wenn der Beschwerdeführer einen oder den anderen Punkt speziell hervorgehoben haben sollte[8]). Hat der Beschwerdeführer z. B. gerügt, dass das Untergericht den Begriff der „Sache" in § 242 St.G.B. verkannt habe, so muss das Revisionsgericht auch auf alle übrigen Elemente des Diebstahlsbegriffs u. s. w. sein Augenmerk richten und prüfen, ob sich etwa bei diesen eine Rechtssatzverletzung ergiebt.

V. Die Thätigkeit, die das Revisionsgericht zu entfalten hat, ist natürlich dieselbe, wie alle richterliche Thätigkeit: es wird auf einen Untersatz (faktischer Art) ein Obersatz (rechtlicher Art) angewendet.

Welche Thatsachen den Untersatz bilden, hat der Revisionsrichter nicht selbst festzustellen. Die materiellrechtlich relevanten Thatsachen empfängt er vielmehr sämtlich aus der Hand des Unterrichters: aus den Urteilsgründen und eventuell den als integrierende Bestandteile dazu gehörenden Urkunden, besonders der Verdikturkunde, sowie den etwaigen anderen vorangegangenen Entscheidungen (§ 375 St.P.O.[9]))

[5]) Oben S. 440.

[6]) Oben § 130 II.

[7]) Vgl. Bennecke 759, Anm. 18; **E.** I, 152; **R.** II, 543; Löwe 4 zu § 384.

[8]) **E.** V, 186, XII, 434; **R.** VII, 560, VIII, 385; Löwe 6; Stenglein 2 zu § 384; Bennecke 760 Anm. 21.

[9]) Dagegen nicht aus den übrigen Schriftstücken, die sich bei den Akten befinden, Bennecke 752 Anm. 16, namentlich können z. B. Zeugenaussagen, die im Sitzungsprotokoll niedergeschrieben, aber nicht in das Urteil aufgenommen sind, vom Revisionsgericht nicht herangezogen werden.

Eine eigene „Beweisaufnahme“ des Revisionsgerichts im technischen Sinne des Wortes[10]) findet also niemals statt. Auch an sächlichen Beweismitteln, die sich bei den Akten befinden, darf eine neue Beweisaufnahme nicht vorgenommen werden[11]).

Es ergiebt sich hieraus, dass eine Anfechtung eines Schwurgerichtsurteils wegen materiellrechtlicher Verstösse in dem Geschworenenspruch meist unmöglich sein wird, da dieser regelmässig nicht ersehen lässt, welche thatsächlichen Feststellungen dem Spruch zu Grunde lagen[12]).

Dagegen hat der Revisionsrichter die prozessual (und zwar in der Richtung der vom Beschwerdeführer erhobenen Prozessrüge) erheblichen Thatsachen in der gewöhnlichen Weise selbstthätig zu erforschen[13]), z. B. ob der Angeklagte in der Hauptverhandlung vor dem Gericht der vorigen Instanz auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes hingewiesen worden ist, u. s. w. Insoweit es sich um wesentliche Formalien der Hauptverhandlung handelt, bindet ihm freilich der § 274 St.P.O.[14]) stark die Hände.

---

[10]) Oben § 82 II 1 im Gegensatz zu § 82 II 2.

[11]) Unzulässig war deshalb das Verfahren des O.L.G. Dresden in dem von Werthauer Z. XII, 571 berichteten Falle.

[12]) Ganz ausgeschlossen ist eine materiellrechtliche Anfechtung des Verdikts, wenn es auf nichtschuldig lautet. Aber auch das die gestellten Fragen bejahende Verdikt bietet zu materiellrechtlicher Anfechtung eine Handhabe nur, insoweit die Fragestellung spezialisiert ist (z. B.: Ist der Angeklagte schuldig, . . . eine . . . Sache, nämlich . . . Elektrizität . . . weggenommen zu haben?), oben S. 548. Das Reichsgericht will selbst in letzterem Falle die Nachprüfung durch das Revisionsgericht ausschliessen, vgl. E. I, 391, II, 136, 138, III, 51, 250, IV, 231, 313, XV, 85; R. I, 556, 645, II, 550, IV, 387. Hiergegen mit Recht v. Kries 615; Bennecke 597 Anm. 9.

[13]) So auch im allgemeinen die Praxis des Reichsgerichts, vgl. z. B. E. VII, 298, XV, 122, 261, XXII, 137; R. IV, 787, VIII, 791, IX, 121, VII, 198 und Löwe 2b zu § 376; vgl. auch Birkmeyer 717. A. M. Bennecke 751 (hiermit wohl nicht vereinbar 753 Anm. 21; 759 Anm. 20); Stenglein 2 zu § 376, welche den Revisionsrichter auch in dieser Hinsicht an die Feststellungen des Unterrichters binden wollen. Dass diese Auffassung nicht zutreffen kann, ergiebt sich aber schon daraus, dass ein gut Teil der Prozessrügen gerade dahin geht, der Vorderrichter habe versäumt, bestehende Thatsachen zu beachten, z. B. die Soldateneigenschaft des Beschuldigten u. s. w. Und auch wo der Vorderrichter prozessuale Thatsachen feststellt, geschieht dies nicht immer *expressis verbis*. Nur an ausdrückliche Feststellungen könnte sich aber das Revisionsgericht halten. — Unbegründeterweise wollen das Reichsgericht und Löwe von dem Satze des Textes insoweit eine Ausnahme machen, als thatsächliche Annahmen des Unterrichters, die „auf dem Ergebnis der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung beruhen“, für den Revisionsrichter bindend seien, vgl. E. XI, 261, XXV, 361, z. B. könne die Annahme, dass ein Zeuge verstandesschwach sei, nicht vom Revisionsgericht nachgeprüft werden. Damit gerät aber das Reichsgericht in einen Widerspruch zu dem Satze, dass prozessual erhebliche Thatsachen überhaupt nicht durch „Beweisaufnahme“ erschlossen werden, oben § 82 II 2.

[14]) Oben § 107 III 3.

VI. Die als Obersätze in Frage kommenden Rechtssätze entnimmt der Revisionsrichter wie jeder Richter dem derzeit geltenden Recht. Er hat nicht etwa bloss zu prüfen, ob die Entscheidung der vorigen Instanz im Sinne des damals geltenden Rechts eine richtige war[15].

Bei der Auslegung der Rechtssätze ist das Revisionsgericht nicht minder unabhängig, wie jedes andere Gericht. Nur beim Reichsgericht ist im Interesse der Einheitlichkeit und Stetigkeit der Rechtsprechung die Bewegungsfreiheit durch §§ 137, 139 G.V.G. eingeschränkt. Danach ist nämlich

1. ein Abgehen von der Rechtsansicht eines anderen Strafsenats als des mit der jetzigen Sache befassten oder von der Rechtsansicht der vereinigten Strafsenate nur kraft vorheriger Gutheissung der vereinigten Strafsenate;

2. ein Abgehen von der Rechtsansicht eines Civilsenats oder der vereinigten Civilsenate oder von der Rechtsansicht des Plenums nur kraft vorheriger Gutheissung des Plenums statthaft.

Will also ein Senat einer abweichenden Rechtsansicht folgen, so muss er vorerst die Sache den vereinigten Strafsenaten bezw. dem Plenum vorlegen.

Die Besetzung der vereinigten Strafsenate und des Plenums wird durch § 139 G.V.G. des Näheren geregelt. Der Beschluss der vereinigten Strafsenate bezw. des Plenums ergeht zwar nur über die abstrakte Rechtsfrage; aber er ist, gleichviel in welchem Sinne er ergangen ist, in der betreffenden Sache für den erkennenden Senat bindend, § 137 G.V.G. Vor der Entscheidung ist der Oberreichsanwalt schriftlich zu hören. Nach der Beschlussfassung ist die ergangene Zwischenentscheidung den Beteiligten mitzuteilen und in neuer Verhandlung nunmehr die Endentscheidung zu fällen.

VII. Bei der Entscheidung des Revisionsgerichts ist zu beachten, dass eine *reformatio in pejus* ausgeschlossen ist[16]. Die Fassung des Gesetzes ist in diesem Punkt allerdings höchst unzulänglich. Seinem Wortlaute nach verbietet der § 398 St.P.O. nämlich die *reformatio in pejus* nur 1. demjenigen Gericht, an welches die Sache vom Revisionsgericht verwiesen worden ist; 2. nur so, dass nicht eine härtere Strafe

---

[15]) A. M. E. XXII, 351.

[16]) Oben S. 443 ff.

soll verhängt werden dürfen. Es bleibt daher unausgesprochen, ob auch dem Revisionsgericht selbst die *reformatio in pejus* verboten ist, und ob sie auch in Ansehung der Qualifikation der That, wie bei der Berufung, verboten ist. Beide Fragen sind zu bejahen[17]).

VIII. Seinem Inhalt nach wird das Urteil auf Verwerfung der Revision als unbegründet lauten, wenn sich nicht herausstellt, dass die angefochtene Entscheidung den Beschwerdeführer beschwert. Stellt sich dagegen heraus, dass in einer den Beschwerdeführer beschwerenden Weise das angefochtene Urteil nach „Ob" oder „Wie" fehlerhaft oder auch nur möglicherweise fehlerhaft[18]) ergangen ist, so ist das Urteil des Untergerichts aufzuheben („Vernichtung", „Kassation").

Die Aufhebung des untergerichtlichen Urteils erstreckt sich der allgemeinen Regel gemäss[19]) prinzipiell nur auf die Strafsache, in der die Revision eingelegt ist. Eine Ausnahme macht § 397 St.P.O. für solche Urteile, durch die mehrere Angeklagte auf Grund des gleichen materiellrechtlichen Verstosses verurteilt worden sind; ein derartiges Urteil soll nämlich, wenn es zu Gunsten eines Angeklagten wegen jenes Verstosses aufgehoben wird, auch zu Gunsten der übrigen,

---

[17]) Dass das Revisionsgericht nicht *in pejus* reformieren darf, ist wohl nicht streitig. Dafür spricht eben der innere Grund des Verbots der *reformatio in pejus*. Dieser selbe Grund muss aber auch dahin führen, das Verbot in vollem Umfang. und nicht bloss bezüglich der Strafhöhe, für die Revisionsinstanz anzuerkennen. Ein innerer Grund, weshalb die *reformatio in pejus* bei der Berufung gänzlich unzulässig, bei der Revision teilweise zulässig sein soll, ist nicht ersichtlich. Dass der Wortlaut des § 398 nicht urgiert werden darf, ergiebt sich schon daraus, dass dieser § im Gegensatz zu § 372 erst von der Reichstagskommission eingeschoben worden ist. Demnach darf man nicht den § 372 aus dem § 398 erläutern, sondern umgekehrt. Die H. M. stimmt mit dem Vorstehenden darin überein, dass der Umfang des Verbots der *reformatio in pejus* bei beiden Rechtsmitteln der gleiche sein müsse, zieht aber daraus gerade den dem Vorstehenden entgegengesetzten Schluss, dass die *reformatio in pejus* auch bei der Berufung nur an der Höhe der Strafe zu messen sei; so E. IX, 324; R. V, 696; Bennecke 748 Anm. 23; Geyer 813; Keller 2b; Thilo 3; Stenglein 1; Löwe 2 zu § 372; Süss, Stellung der Parteien 445 Anm. 35. Auf die Verschiedenheit des Wortlauts in §§ 372, 398 legen dagegen Gewicht: Ullmann 599; Kleinfeller, G.S. XXXVIII, 602; v. Lilienthal, H.R.L. „*reformatio in pejus*"; Binding 248 Anm. 1; Puchelt 3 zu § 372; v. Kries, Rechtsmittel 117; Thode, Verbot der *reformatio in pejus*, 20.

[18]) Es genügt die Möglichkeit eines kausalen Verstosses, so die ständige Praxis des Reichsgerichts, z. B. E. I, 210, IX, 69, X, 139, XX, 33, XXI, 266, XXVI, 338, XXIX, 283, 299, XXX, 40 u. s. w., ebenso Bennecke 753; v. Schwarze, H. H. II, 299; v. Kries 672; Lamm, Revision 9; Löwe 7b zu § 376; Birkmeyer 713; Geyer 820; Stenglein, Lehrb. 392; Ullmann 606. A. M. Binding 257; v. Kries, Rechtsmittel 220.

[19]) Oben § 104 III.

die die Revision nicht eingelegt haben, aufgehoben werden[20]), insoweit ein *gravamen commune* für sie mit gegeben ist[21]). Zu einer teilweisen Aufhebung des Urteils kann es in denselben Grenzen kommen, wie durch Rechtsmittel eine Teilung des Prozessgegenstandes erfolgen kann[22]). Es kann z. B. eine Nebenstrafe, der Kostenpunkt, die Verurteilung unter einem bestimmten juristischen Gesichtspunkt u. s. w. abgetrennt werden. Alsdann wird das untergerichtliche Urteil partiell rechtskräftig, ganz wie im Falle partieller Anfechtung[23]).

Mit dem Urteil des Untergerichts muss aber auch das Verfahren, auf dem es beruht, hinfällig werden, insoweit ein Fehler im Verfahren zu dieser Aufhebung des Urteils geführt hat, und zwar das ganze Verfahren von dem Fehler ab. Die St.P.O. spricht das nicht ausdrücklich aus (anders C.P.O. § 564 [früher 527] Abs. 2), aber der Satz ergiebt sich von selbst aus der Erwägung, dass das neue Verfahren nicht wieder auf der alten fehlerhaften Grundlage ruhen kann. Die Aufhebung des Urteils ergreift also *ipso jure* auch das fehlerhafte Stück des vorherigen Verfahrens[24]).

Bestand also z. B. der Fehler in dem Mangel einer Voruntersuchung, so muss das Verfahren nach rückwärts bis einschliesslich des ohne Voruntersuchung, also fehlerhaft, ergangenen Eröffnungsbeschlusses aufgehoben werden.

Durch die Aufhebung wird das untergerichtliche Urteil aus der Welt geschafft. Während nun aber die Berufungsinstanz in dem gleichliegenden Falle grundsätzlich selbst in der Sache zu erkennen hat, nur ausnahmsweise die Sache in die Vorinstanz zurückverweisen kann, hat das Revisionsgericht gerade umgekehrt grundsätzlich die Sache in die Vorinstanz zurückzuverweisen und nur ausnahmsweise selbst zu erkennen[25]).

---

[20]) Nicht erfordert dabei das Gesetz ein Teilnehmerschaftsverhältnis zwischen den mehreren Angeklagten. So Keller 4 zu § 397. A. M.: Ullmann 619; Bennecke 770; E. VI, 257; R. IV, 431, X, 74.

[21]) Gleichartigkeit des *gravamen* bezüglich der mehreren Angeklagten genügt nicht; Bennecke 770; Löwe 2b; Stenglein 1b; Keller 2 zu § 397. A. M. v. Kries 691; E. XVI, 417; R. IX, 693.

[22]) Oben S. 440—441.

[23]) Oben S. 440. Vgl. hierzu E. XXV, 297 (Gesamtstrafe und Einzelstrafe).

[24]) Ähnlich Löwe 5 zu § 393. Dagegen Bennecke 771 Anm. 43.

[25]) Würde sich das den ganzen Prozess hindernde Fehlen einer Prozessvoraussetzung ergeben, so müsste das Revisionsgericht das Verfahren einstellen, (so auch Binding Grdr. 262); aber nicht (wie Binding annimmt) durch Urteil in analoger Anwendung des § 259 Abs. 2 St.P.O., sondern durch Beschluss, vgl. oben § 81 bei Anm. 14.

1. Erfolgt nämlich die Aufhebung des Urteils wegen eines Fehlers im Verfahren (z. B. weil der Angeklagte nicht auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes hingewiesen worden war), so werden damit auch die Feststellungen, die in dem Urteil getroffen worden sind, hinfällig, § 393 Abs. 2 St.P.O. Da nun das Revisionsgericht nicht berufen ist, Beweisaufnahmen zu veranstalten, so ergiebt sich hier die Notwendigkeit, die Sache zum Zwecke anderweiter Verhandlung und Entscheidung in die vorige Instanz zurückzuverweisen.

Nur dann steht es bei einem Fehler im Verfahren anders, wenn es sich um ein schwurgerichtliches Verfahren handelt, und der Verstoss erst nach dem Spruch der Geschworenen begangen ist. Dann bleiben die von den Geschworenen getroffenen Feststellungen durch den Verstoss unberührt, und es greifen die sogleich sub 2 darzustellenden Sätze Platz. Hierher gehört besonders der Fall, dass auf einen korrekten Spruch hin ein unzulässiges Berichtigungsverfahren angeordnet worden war, und das Revisionsgericht dieses Berichtigungsverfahren nebst dem daraufhin erfolgten Spruch und Urteil kassiert.

2. Anders in dem Falle, dass das Revisionsgericht die Aufhebung des Urteils nur wegen materiellrechtlichen Verstosses ausgesprochen hat. Alsdann bleiben die thatsächlichen Feststellungen des untergerichtlichen Urteils an sich unberührt, und es gilt nur, auf sie als den Untersatz die Rechtssätze in richtiger Weise anzuwenden, sofern nicht noch weitere thatsächliche Feststellungen erforderlich erscheinen.

a) Diese Thätigkeit der Rechtsanwendung ist nun in einzelnen Fällen so geartet, dass Obersatz und Untersatz zusammen ein festes Resultat ergeben. Dies besonders dann, wenn aus den festgestellten Thatsachen sich Freisprechung, Einstellung des Verfahrens oder Verurteilung zu einer absolut bestimmten Strafe[26]) als notwendig erweist. In diesen Fällen — St.P.O. § 394 — hat das Revisionsgericht selbst das Urteil zu fällen, da ja eine Zurückverweisung in die untere Instanz eine unnütze Weiterung wäre.

b) Soweit diese Fälle nicht vorliegen, muss es regulär zu einer Zurückverweisung in die untere Instanz kommen. So besonders, wenn

---

[26]) Auszudehnen auf andere Fälle, in denen es nur gilt, wahllos eine Konsequenz zu ziehen, z. B. Streichung einer im Urteil der Vorderinstanz unzulässig verhängten Einziehung, Löwe 2b, 4; Stenglein 3d zu § 394; Ullmann 615; Binding, Grdr. 263.



die bisherigen thatsächlichen Feststellungen nicht genügen, um sofort die That unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten zu würdigen[27]). Eine Zurückverweisung ist aber auch dann geboten, wenn auf Grund einer relativ bestimmten Strafdrohung auf Strafe zu erkennen ist, da sich hier eine Feststellung der als Strafzumessungsgründe in Frage kommenden Umstände erforderlich macht, diese Feststellung aber nur im Wege der Beweisaufnahme geschehen kann. Eine Ausnahme macht das Gesetz jedoch für den Fall, dass das Revisionsgericht in Übereinstimmung mit dem Antrage der Staatsanwaltschaft die gesetzlich niedrigste Strafe für angemessen erachtet; diese Strafe wird vom Revisionsgericht selbst verhängt, St.P.O. § 394[28]).

Die Zurückverweisung erfolgt normalerweise an dasjenige Gericht, dessen Urteil aufgehoben wurde; aber ebensogut kann das Revisionsgericht die Sache einem demselben Bundesstaat angehörigen benachbarten Gericht gleicher Ordnung zuweisen, § 394 Abs. 2 St.P.O.

Würde sich in der Revisionsinstanz die Sachlage oder die Auffassung von der juristischen Natur der That so gestalten, dass die noch in Frage kommende strafbare Handlung zur Zuständigkeit eines Gerichts niederer Ordnung gehört als desjenigen,

---

[27]) Solchenfalls können auch die bisherigen thatsächlichen Feststellungen nicht aufrecht erhalten bleiben, obwohl sie an sich nicht zu beanstanden wären. Denn die neue Beweisaufnahme muss nach dem Unmittelbarkeitsgrundsatz eine umfassende sein, es geht nicht an, dass ein Teil der Beweisaufnahme aus der früheren Hauptverhandlung verwertet wird. Im Ergebnis ebenso: E. I, 81, II, 289, IV, 190; R. II, 137, I, 765 u. s. w.; Stenglein 4; Löwe 4b zu § 393; v. Kries 687; Ullmann 617; Bennecke 766 Anm. 24; Binding, Grdr. 263. Die Unteilbarkeit der Feststellungen kann aber nicht weiter gehen als die Unteilbarkeit der Entscheidung, vorstehend S. 593 bei Anm. 22. Mit Recht lässt deshalb das Reichsgericht in den Fällen eine Teilung der Feststellungen zu, in denen verschiedene Qualifikationen der That in Frage stehen, E. II, 45; vgl. auch Stenglein 5 zu § 393; dagegen Löwe 3b zu § 193; Bennecke 766 Anm. 24; v. Kries 688. Ist A z. B. wegen Urkundenfälschung in idealer Konkurrenz mit Betrug verurteilt, so hätte er ja doch die Anfechtung z. B. auf die Betrugsfrage beschränken können. Hat er es nicht gethan, so kann nunmehr das Revisionsgericht sehr wohl die Revision bezüglich der Urkundenfälschung für unbegründet erachten und die darauf bezüglichen Feststellungen somit belassen, dagegen bezüglich des Betruges Neufeststellung anordnen. Bei Schwurgerichtsurteilen verhält es sich ebenso. Vgl. hierzu auch oben S. 395 bei Anm. 10, S. 440 bei Anm. 24, S. 444 bei Anm. 36.

[28]) Stellt das in Betracht kommende Strafgesetz neben dem ordentlichen Strafrahmen einen ausserordentlichen für den Fall mildernder Umstände mit niedrigerem Strafminimum auf, so kann das Revisionsgericht auf letzteres nur dann erkennen, wenn die Vorderinstanz das Vorliegen mildernder Umstände festgestellt hatte. Ebenso E. II, 358; v. Kries 686; Ullmann 615; Löwe 5 zu § 394. Dagegen v. Schwarze, H.H. II, 318; Binding, Grdr. 263.

das in der Vorinstanz erkannt hat[29]), so kann die Zurückverweisung an jenes Gericht niederer Ordnung erfolgen[30]), § 394 Abs. 3 St.P.O.

Wird ein Urteil deshalb aufgehoben, weil das Gericht der vorigen Instanz sich zu Unrecht für zuständig erachtet hat, so erfolgt die Verweisung an das zuständige Gericht, § 395 St.P.O.

Nach der Zurückverweisung muss das Verfahren, insoweit es aufgehoben ist, von neuem aufgebaut werden. Ist das Urteil samt den thatsächlichen Feststellungen aufgehoben worden, so ist von neuem in eine umfassende Hauptverhandlung einzutreten. Diese Hauptverhandlung untersteht wieder denselben Grundsätzen, wie die frühere erstinstanzliche Hauptverhandlung[31]). Empfehlenswert ist es, das revisionsgerichtliche Urteil zur Verlesung zu bringen, unerlässlich geboten ist das aber nicht[32]). Selbstverständlich kann die Beweisaufnahme nunmehr möglicherweise zu völlig anderen Ergebnissen gelangen, als das erste Mal[33]). In dem Falle, dass die Urteilsaufhebung sich gemäss § 397 St.P.O.[34]) auf einen Mitangeklagten ausgedehnt hat, muss auch dieser letztere zu der erneuten Hauptverhandlung zugezogen werden. Sind die thatsächlichen Feststellungen aufrecht erhalten, so fällt in der neuen Hauptverhandlung eine Beweisaufnahme weg, es wäre denn, dass nur die durch den Spruch der Geschworenen gegebene Feststellung aufrecht erhalten wäre; hier würde über die Straf-

---

[29]) Beispiel: Die bisher als Einbruchsdiebstahl aufgefasste That stellt sich nach Ansicht des Revisionsgerichts als Mundraub dar; oder: in einer Strafsache gegen A wegen Raubes und Bettelns in realer Konkurrenz, verwirft das Revisionsgericht die Revision bezüglich des Raubes, verweist dagegen die Sache bezüglich des Bettelns zurück.

[30]) Die Frage, ob dies auch dann zulässig ist, wenn ein Teil der Feststellungen der Vorderinstanz aufrecht erhalten wurde (Bennecke 768 Anm. 28; Löwe 9; Stenglein 7 zu § 394), ist bejahend zu beantworten. Denn teilweise Aufrechterhaltung bei Zurückverweisung der Sache bedeutet immer, dass die erste Entscheidung selbst zum Teil aufrecht erhalten wird, sodass für das Gericht, an das die Sache zurückverwiesen ist, eben nur der unerledigte Teil zur Neufeststellung übrig bleibt.

[31]) Doch lässt E. XXI, 389 (beipflichtend Bennecke 767 Anm. 27, 771 Anm. 45) zu, dass, wenn das Verdikt aufrecht erhalten war, die neue Hauptverhandlung ohne Geschworene vor sich gehen kann. Das ist praktisch gewiss wünschenswert, lässt sich aber *de lege lata* wohl nicht rechtfertigen, da ja auch in der ersten Hauptverhandlung die Geschworenen sich nicht nach Abgabe ihres Spruchs hätten entfernen können.

[32]) E. XXI, 436; Bennecke 771 Anm. 44, 772 Anm. 48; v. Kries 693. Der Satz ergiebt sich aus der Erwägung, dass es sich um prozessual erhebliche Thatsachen handelt, deren Feststellung völlig frei ist; schon deshalb verletzt auch die Verlesung nicht das Unmittelbarkeitsprinzip.

[33]) Löwe 3 zu § 398, Reichsgericht G.A. XLI, 389.

[34]) Oben S. 592.

zumessung eine Beweisaufnahme vorzunehmen sein[35]). So auch in dem Falle der Kassation eines unzulässig eingeleiteten Berichtigungsverfahrens; hier hat die Instanz, an die zurückverwiesen ist, auf der Grundlage des ersten, zu Unrecht berichtigten Spruchs das Urteil aufzubauen[36]).

Ist wegen eines Verfahrensfehlers (oben 1) aufgehoben worden, so muss nunmehr an dem Punkte eingesetzt werden, wo der Fehler lag, z. B. wenn der Mangel einer Voruntersuchung die Aufhebung des Urteils herbeigeführt hat[37]), so muss zunächst eine Voruntersuchung stattfinden, dann über Eröffnung oder Nichteröffnung des Hauptverfahrens beschlossen werden u. s. w.

Das Gericht, an das die Sache verwiesen ist, hat die Rechtsauffassung des Revisionsgerichts in der betreffenden Strafsache[38]) zu Grunde zu legen, § 398 Abs. 1 St.P.O. *Reformatio in pejus* gegenüber dem ersten Urteil ist verboten, § 398 Abs. 2 St.P.O.[39]).

Gegen das neu ergehende Urteil sind wieder die gewöhnlichen Rechtsmittel gegeben.

## III. Das Wiederaufnahmeverfahren.

## § 134.

### 1. Allgemeines.

I. Die materielle Rechtskraft eines Urteils, sie möge sogleich *ab initio* vorhanden gewesen oder durch Fristablauf etc. dem Urteil zugewachsen sein, verhilft dem Urteilsinhalt grundsätzlich zur endgültigen Geltung unter Abschneidung jedes weiteren wie auch immer gearteten Verfahrens in der Strafsache. Selbst handgreifliche Aufklärung über die etwaige Fehlerhaftigkeit des Verfahrens oder über die Unrichtigkeit des gesprochenen Urteils vermag den Rechtsbestand

---

[35]) E. IX, 98, XX, 411; Löwe 6a; Stenglein 5 zu § 394, vgl. auch Binding Grdr. 264, aber auch v. Kries Rechtsmittel 271.

[36]) Bennecke 617, bes. Anm. 19; Ullmann 527; E. VI, 317; R. IV, 401; Löwe 1 zu § 312; H. Meyer H. H. II, 208; Dalcke Fragestellung 156; v. Kries 631.

[37]) Oben S. 593.

[38]) Aber nur in dieser. In allen anderen Strafsachen besteht wieder volle Unabhängigkeit des Gerichts gegenüber den Rechtsanschauungen des Revisionsgerichts. Namentlich sind auch die Entscheidungen des Reichsgerichts abgesehen von der Strafsache, in der sie ergangen sind, unverbindlich; der Richter darf ihnen nur dann folgen, wenn er sie für richtig hält, wenn ihm die Gründe der reichsgerichtlichen Ansicht überzeugend erscheinen. Vgl. Schneider Z. XV, 182.

[39]) Vgl. oben VII; Binding will zu Unrecht diese Bestimmung nicht als Verbot der *reform. in pejus* anerkennen und ficht sie *de lege ferenda* an (Grdr. 264).

und die Geltung des letzteren nicht mehr in Frage zu stellen[1]). Dieser Satz gilt unverkürzt in Ansehung des Zutagetretens **rechtlicher** Irrtümer in dem rechtskräftigen Urteil. Ist in letzterem ein entlegener Gesetzesparagraph übersehen, oder ein Rechtssatz irrig ausgelegt, so giebt es keine Abhülfe im Wege Rechtens (höchstens im Wege der Gnade). Anders, wenn **böser Wille** des Gerichts oder **faktische** Irrtümer des Urteils zu Tage treten. Konnte der Gesetzgeber bei Zutreffen dieser Voraussetzungen eine Umstossung des Urteils auch nicht ohne weiteres in allen Fällen zulassen, weil dadurch der Grundgedanke der Rechtskraft mit ihren heilsamen Wirkungen preisgegeben worden wäre, und endlose Anfechtungen des Urteils in Aussicht gestanden hätten, so hat er doch dem Gedanken der materiellen Gerechtigkeit vor dem Grundgedanken der Rechtskraft soweit den Vorzug gegeben, als bestimmte, genau angegebene Verstösse von grosser Wichtigkeit vorliegen. Der Rechtsbehelf, mit dem das Vorliegen eines solchen Verstosses geltend gemacht wird, ist die Wiederaufnahme des Verfahrens (französisch *revision*[2])). Sie ist zulässig nur gegenüber Urteilen, nicht gegenüber Beschlüssen und Verfügungen[3]), auch nicht gegenüber dem Strafbefehl[4]). Sie ist kein „Rechtsmittel" nach dem Sprachgebrauch der St.P.O. Es ist auch nicht empfehlenswert, sie in Anlehnung an den gemeinrechtlichen Sprachgebrauch[5]) als ein „ausserordentliches Rechtsmittel" zu bezeichnen[6]). Gerade der Umstand, dass sie nur als ein selten und in ungewöhnlichen Fällen eintretender Rechtsbehelf gedacht ist, benimmt ihr den Charakter eines Rechtsmittels. Besonders scharf tritt die Wiederaufnahme zu den Rechtsmitteln dadurch in Gegensatz, dass sie weder Suspensiveffekt, noch Devolutiveffekt hat. (Suspensiveffekt für die Rechtskraft kann sie schon ihrem Begriffe nach gar nicht haben, da sie im Gegenteil ein rechtskräftiges Urteil voraussetzt. Aber auch die Vollstreckung des Urteils wird durch den Wiederaufnahmeantrag nicht *ipso jure* suspendiert, nur kann durch gerichtliche Anordnung die Strafvollstreckung ausgesetzt werden, St.P.O. § 400.) Doch

---

[1]) Vorausgesetzt immer, dass das Urteil nicht nichtig ist, oben § 77 III.

[2]) Die deutsche „Revision" heisst französisch *demande en cassation*.

[3]) So die gemeine Meinung, z. B. Binding Grdr. 269. A. M. v. Kries Rechtsmittel 416, Lehrbuch 703.

[4]) Unten § 147.

[5]) Ebenso wie dieser auch § 20 E.C.P.O. und jetzt § 363 M.St.G.O.

[6]) So Ullmann 580; v. Kries 634; Binding Grdr. 268; Birkmeyer 691, 733. Richtig dagegen Bennecke 717 Anm. 3, 773 Anm. 7.

wird die Wiederaufnahme den Rechtsmitteln dadurch angenähert, dass nach § 405 St.P.O. die „allgemeinen Bestimmungen" über Rechtsmittel (St.P.O. §§ 338—345) auch auf jene Anwendung finden sollen.

II. Die Wiederaufnahme des Verfahrens wird niemals vom Gericht *ex officio* eröffnet, setzt vielmehr einen Parteiantrag[7]) voraus. Letzterer ist im Strafprozess zeitlich unbegrenzt zulässig (anders als im Civilprozess, vgl. § 586 [früher 549] C.P.O.). Auch der Umstand, dass die Strafe aus dem Urteil schon vollstreckt ist, setzt der Wiederaufnahme kein Ende. Selbst der Tod des Angeklagten schliesst die Wiederaufnahme nicht aus[8]), wenn es sich dabei um völlige Beseitigung einer Verurteilung, also um Herbeiführung einer Freisprechung[9]) handelt, §§ 401, 411 St.P.O.

III. Dass die Wiederaufnahme erst nach Rechtskraft des Urteils eingreifen kann, liegt in ihrem Begriff. Daraus ist aber nicht zu folgern, dass das vor Rechtskraft des Urteils erklärte Wiederaufnahmegesuch völlig wirkungslos wäre[10]). Vielmehr ist dieses als bedingte Willenserklärung zwar z. Z. noch kraftlos, kommt aber mit Eintritt der Rechtskraft sofort zu Kräften[11]).

IV. Die Wiederaufnahmegründe sind verschieden, je nachdem es sich handelt um Wiederaufnahme zu Gunsten oder zu Ungunsten des Angeklagten (im folgenden von einander unterschieden als „günstige" und „ungünstige Wiederaufnahme").

1. Die günstige Wiederaufnahme ist zulässig (§ 399 St.P.O)

a) gegen bösen Willen der Urteiler:

wenn bei dem Urteil ein Richter, Geschworener oder Schöffe

---

[7]) Aber nicht in Form der „Klage" wie im Civilprozess.

[8]) *Expressis verbis* behandelt die St.P.O. nur den Fall, dass der Verurteilte vor dem Wiederaufnahmeverfahren verstorben ist; alsdann können die Angehörigen durch ihren Antrag die Wiederaufnahme herbeiführen. Aber *per argum. a fortiori* muss angenommen werden, dass sie, falls der Verurteilte während schwebenden Wiederaufnahmeverfahrens stirbt, durch ihren Antrag die Weiterführung der Wiederaufnahme betreiben können; Löwe 2a; Stenglein 2 zu § 411. A. M. Keller 3 zu § 411. Dagegen kann die weitergehende Auffassung, dass das Wiederaufnahmeverfahren, wenn es zur Zeit des Todes schon schwebt, auch ohne den Antrag der Angehörigen weiterzuführen sei — so Thilo 2 zu § 411; Karl Meyer, Deutsche Juristen-Ztg. IV, 437 — nicht gebilligt werden; ebenso Löwe 2a zu § 411.

[9]) Ein anderer Zweck (etwa Verurteilung aus einem anderen Strafgesetz,) kann mit der Wiederaufnahme im Falle des Verstorbenseins des Angeklagten nicht verfolgt werden. Protokolle 625; Bennecke 777.

[10]) So Bennecke 773 Anm. 6.

[11]) Vgl. oben S. 447.

[12]) Ihre Aufzählung im Gesetz ist erschöpfend, nicht exemplifikativ gemeint, analoge Ausdehnung unzulässig. Binding Grdr. 270.

mitgewirkt hat, der sich in Beziehung auf die Sache einer kriminell strafbaren Verletzung seiner Amtspflichten schuldig gemacht hat, sofern diese Amtspflichtverletzung nicht vom Verurteilten selbst veranlasst worden ist; § 399³ St.P.O.

b) gegen Irrtum der Urteiler:

α) wenn eine in der Hauptverhandlung zu Ungunsten des Verurteilten als echt vorgebrachte[13]) Urkunde[14]) fälschlich angefertigt oder verfälscht war[15]); § 399¹ St.P.O.

β) wenn durch Beeidigung eines zu Ungunsten des Verurteilten abgelegten Zeugnisses oder abgegebenen Gutachtens[16]) sich der Zeuge oder Sachverständige einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung der Eidespflicht schuldig gemacht hat[17]); § 399² St.P.O.

γ) wenn ein civilgerichtliches Urteil, auf das das Strafurteil gegründet war[18]), durch ein anderes rechtskräftig gewordenes Civilurteil aufgehoben worden ist; § 399⁴ St.P.O.

δ) wenn neue Thatsachen oder Beweismittel beigebracht werden, die allein oder in Verbindung mit dem früheren Beweismaterial die Freisprechung des Angeklagten oder in Anwendung eines milderen Strafgesetzes eine geringere Bestrafung zu begründen geeignet sind. (Wiederaufnahme *ex capite novorum*), § 399⁵ St.P.O. „Neu“ sind Thatsachen, die das Gericht bei der Urteilsfällung nicht kannte. Derartige

---

[13]) Gleichviel ob zum Beweise materiellrechtlich relevanter oder zur Feststellung prozessual erheblicher Thatsachen vorgebracht; Löwe 3 zu Buch 4; Bennecke 774 Anm. 8; Frank Z. XII, 346; v. Kries 706 Anm. 1; Birkmeyer 737; vgl. Köhler, Lehre vom Strafantrag 142. A. M. E. XIX, 321; Woermann, Wiederaufnahmeverfahren 2, (nur hinsichtlich der Schuldfrage sei die Wiederaufnahme zulässig.)

[14]) Im engeren Sinne, oben § 87 I.

[15]) Nicht erforderlich ist ausweislich des Gesetzestextes, dass die Fälschung oder Verfälschung strafbar war, es genügt das Faktum des objektiven Falschseins der Urkunde (z. B. Herrühren der falschen Namensunterschrift von einem Geisteskranken u. s. w.). Ebenso Bennnecke 775; Löwe 7; Keller; Thilo 7; Puchelt 5; Dalcke 1; Stenglein 5 zu § 399; v. Schwarze 7 zu § 399 und H. H. II, 337; Ullmann 633; Binding Grdr. 270. A. M. v. Kries 704, Rechtsmittel 426; Voitus 2 zu § 399; Birkmeyer 736. „Falsch“ und „verfälscht“ bezieht sich wie im materiellen Strafrecht lediglich auf das Nichtherrühren vom angeblichen Aussteller, nicht auf den Inhalt der Urkunde, vgl. Beling Grundzüge des Strafrechts, 78. Dagegen v. Kries 705; Binding Grdr. 270.

[16]) Wie im Falle α kommen auch hier die prozessual erheblichen Thatsachen in Betracht; Löwe 3 zu Buch 4; vgl. Köhler, Lehre vom Strafantrag 142.

[17]) Der Zeuge oder Sachverständige muss hier also (Gegensatz zu Fall α) sich strafbar gemacht haben. Fortdauer seiner Strafbarkeit verlangt das Gesetz aber nicht. Strafaufhebungsgründe, die den Strafanspruch tilgen, lassen also die Zulässigkeit der Wiederaufnahme unberührt; Bennecke 775.

[18]) Vgl. oben § 83, 2, S. 326.

*nova* begründen jedoch gegenüber einem Urteil in einer in erster Instanz vom Schöffengericht abgeurteilten Sache die Wiederaufnahme nur dann, wenn sie in dem früheren Verfahren einschliesslich der Berufungsinstanz entweder dem Verurteilten unbekannt waren oder er sie zwar kannte, aber ohne sein Verschulden nicht geltend machen konnte.

2. Die ungünstige Wiederaufnahme ist statthaft (§ 402 St.P.O.)

a) gegen bösen Willen der Urteiler wie oben ad 1a, nur dass es hier natürlich nicht darauf ankommt, ob der Verurteilte die Amtspflichtverletzung veranlasst oder nicht veranlasst hat, § 402³ St.P.O.

b) gegen Irrtum der Urteiler

α) und β) wie oben ad 1b α) und β), nur dass es sich hier natürlich um unrichtige Beweismittel handeln muss, die früher zu Gunsten des Angeklagten in die Wagschale gefallen waren, § 402¹ und ² St.P.O.

γ) wenn der Verurteilte freigesprochen worden war[19]) und nachher ein glaubwürdiges Geständnis der strafbaren Handlung[20]) ablegt (Wiederaufnahme *ex capite novorum*), § 402⁴ St.P.O. —

Den Fällen der günstigen wie der ungünstigen Wiederaufnahme, in denen die Begehung einer strafbaren Handlung den Wiederaufnahmegrund bildet (§§ 399¹⁻³, 402¹⁻³ St.P.O.[21])), oben Ziffer 1a, b α u. β, 2a, b α u. β), ist gemeinsam die Bestimmung des § 404 St.P.O. Danach ist in diesen Fällen ein Wiederaufnahmeantrag nur zulässig,

---

[19]) D. i. bezüglich des betreffenden Delikts völlig freigesprochen worden war. Die Verneinung eines einzelnen juristischen Gesichtspunkts im Urteil und die latente Freisprechung (vgl. oben S. 395) kommen nicht in Betracht. So Bennecke 776 Anm. 29; E. III, 399; R. III, 118; Ullmann 636; v. Kries 708; Stenglein 4; Keller; Puchelt 5 zu § 402, jetzt auch Löwe 7 zu § 402. A. M.: Geyer 845; v. Kries Rechtsmittel 443; v. Schwarze 5 zu § 402 und H. H. II, 343; Dalcke b zu § 402⁴, früher auch Löwe.

[20]) Geständnis ist Einräumen von Thatsachen, nicht = formelles Schuldbekenntnis, oben S. 374; Bennecke 777 Anm. 30; Löwe 10 zu § 402; Dalcke G.A. XXXIV, 81. Der juristische Gesichtspunkt, unter dem das Geständnis abgelegt wird, ist gleichgültig; Dalcke a. a. O. Es ist auch nicht zu fordern ein umfassendes Geständnis = Einräumung sämtlicher relevanten Thatsachen. (Beispiel: Im Diebstahlsprozess gegen A hat der Zeuge X bekundet, er habe gesehen, wie ein Mann einer Dame ein Portemonnaie aus der Manteltasche gezogen habe; dieser Mann habe die Figur des Angeklagten gehabt, doch könne er, der Zeuge, nicht mit Bestimmtheit behaupten, dass er den Angeklagten vor sich gehabt habe. A hat die That bestritten und ist freigesprochen worden. Nachher spricht er aus, dass er in der That der von X beobachtete Mann gewesen sei. Dieses Geständnis genügt zur Wiederaufnahme, selbst wenn A die Richtigkeit der von X gemachten Beobachtungen über die Diebstahlshandlung bestreiten sollte).

[21]) § 399¹ und § 402¹ gehören aber nur insoweit hierher, als der Antragsteller selbst eine strafbare Urkundenfälschung behauptet, nicht aber, wenn er nur das objektive Falschsein der Urkunde (oben Anm. 15) behauptet.

wenn wegen jener strafbaren Handlung eine rechtskräftige Verurteilung ergangen ist, oder die Einleitung oder Durchführung eines Verfahrens durch andere Gründe als Mangel an Beweis gehemmt ist. Die Beschränkung gilt aber nicht für die Fälle, in denen sich der Antragsteller gar nicht auf die Begehung einer strafbaren Handlung, sondern auf § 399[5] stützt, also besonders dann nicht, wenn er lediglich neue Thatsachen oder Beweismittel beibringt, um eine frühere Zeugenaussage als objektiv unwahr zu erweisen[22]). —

In allen Fällen der günstigen wie der ungünstigen Wiederaufnahme muss es sich um die gänzliche Ausseranwendungsetzung des in dem Urteil etwa angewandten Strafgesetzes handeln: die Wiederaufnahme ist nur zulässig, wenn das Begehren dahin geht, dass entweder überhaupt kein Strafgesetz angewandt werden soll (sei es so, dass das künftige Urteil überhaupt nicht in eine Prüfung des Prozessgegenstandes eintreten soll — Einstellung des Verfahrens[23]) —, sei es so, dass es freisprechen soll), oder ein anderes als das erstangewandte Strafgesetz[24]): zum Zweck der Änderung der Strafe innerhalb desselben Gesetzes[25]) findet eine Wiederaufnahme nicht statt, § 403 St.P.O.

Noch mehr eingeengt ist die Wiederaufnahme nach dem Tode des Angeklagten. Sie ist zu Ungunsten überhaupt unzulässig und zu Gunsten nur in der Tendenz gänzlicher Freisprechung zulässig, *argum.* § 411 St.P.O.[26]). Dabei ist auch an den Fall zu denken, dass der Tod während des Wiederaufnahmeverfahrens eintritt; die bisher zulässige Wiederaufnahme wird dann eventuell durch den Tod unzulässig.

V. Den zur Wiederaufnahme erforderlichen Antrag sind nach § 405 dieselben Personen zu stellen berechtigt, die ein Rechtsmittel einlegen könnten, wenn das Urteil noch nicht rechtskräftig wäre; daher kann namentlich die Staatsanwaltschaft auch die günstige Wieder-

---

[22]) Übereinstimmend Ditzen G.S. XLVII, 126; Z. XVIII, 53; Rosenblatt G.S. LIII, 450. A. M. West Z. XVI, 247, G.S. LVI, 180.

[23]) Nur für § 399[5] St.P.O genügt die Tendenz auf Einstellung nicht.

[24]) Ein „anderes“ Strafgesetz ist auch dasjenige, das für benannte Straferhöhungs- und benannte Strafminderungsgründe einen besonderen Strafrahmen aufstellt; Bennecke 777.

[25]) Zu „demselben“ Gesetz gehört auch der Passus, der bei (unbenannten) „mildernden Umständen“ Strafminderung eintreten lässt; Bennecke 776 Anm. 25, 777; Löwe 3 zu § 403; v. Kries 707.

[26]) Oben II S. 599.

aufnahme betreiben. Zu diesen Personen treten im Falle des Todes des Verurteilten dessen Ehegatte, Descendenten, Ascendenten und Geschwister hinzu, § 401 Abs. 2.

Der Wiederaufnahmeantrag muss, um zulässig zu sein, einen der gesetzlichen Wiederaufnahmegründe (oben IV) und dazu die geeigneten Beweismittel anführen, §§ 406, 408 St.P.O.

In formeller Hinsicht gilt für den Antrag, wenn er nicht von der Staatsanwaltschaft ausgeht, Verteidiger- oder Anwalts- oder Gerichtsschreiberzwang, § 406 Abs. 2 St.P.O.

VI. Wiederaufnahmegericht ist grundsätzlich das Gericht, dessen Urteil durch den Antrag angefochten wird. Die Anfechtung richtet sich aber, wenn eine Strafsache im Rechtsmittelzuge durch mehrere rechtskräftige Urteile hindurchgegangen ist, gegen dasjenige unter den mehreren Urteilen, bei dessen Fällung der gerügte Verstoss untergelaufen ist. Ein durch die höhere Instanz aufgehobenes Urteil kann dabei natürlich schon deshalb nicht in Betracht kommen, weil es nicht in Rechtskraft erwachsen ist. Hat also

1. die höhere Instanz selbst in der Sache erkannt, so kann eben nur dieses ihr Urteil mit Wiederaufnahme angefochten werden.

2. Andererseits ist das Urteil der höheren Instanz, das die Sache nach unten zurückverweist, nicht mit Wiederaufnahme angreifbar, weil es nur eine Zwischenentscheidung ist; die Wiederaufnahme kann solchenfalls nur gegen das nach der Zurückverweisung ergangene und rechtskräftig gewordene Urteil der unteren Instanz gerichtet werden.

3. Hat die höhere Instanz das Rechtsmittel verworfen, so liegen zwei Urteile neben einander vor, gegen die eine Wiederaufnahme in Frage kommen kann: das der unteren Instanz, dem die Verwerfung des Rechtsmittels zur Rechtskraft verholfen hat, und das Verwerfungsurteil selbst. Hier hat sich die Wiederaufnahme zu richten

a) gegen das Urteil der höheren Instanz, wenn eben dort eine Amtspflichtverletzung bei der Urteilsfällung (§§ 399³, 402³ St.P.O.) oder ein wiederaufnahmebegründender Irrtum untergelaufen ist. Ein solcher Irrtum kann freilich dem Revisionsgericht nur da zustossen, wo es nicht einfach auf den Feststellungen des Untergerichts aufgebaut, sondern eigene Feststellungen vorgenommen hat, also nur im Hinblick auf prozessual erhebliche Thatsachen[27]. Insoweit

[27]) Oben S. 590.



also der Wiederaufnahmeantrag sich auf Irrtum des Rechtsmittelrichters über prozessual erhebliche Thatsachen nach §§ 399[1] und [2], 402[1] und [2] beruft, ist das Verwerfungsurteil das richtige Objekt des Angriffs.

b) In allen übrigen Fällen richtet sich der Wiederaufnahmeantrag gegen das untergerichtliche Urteil, nicht gegen das auf Verwerfung des Rechtsmittels lautende Urteil der höheren Instanz.

VII. Dasjenige Gericht, dessen Urteil nach den vorstehenden Ausführungen Angriffsobjekt des Wiederaufnahmeantrages ist, ist nun auch zur Entscheidung berufen, § 407 Satz 1 St.P.O. Davon macht aber Satz 2 eine Ausnahme: Wird ein in der Revisionsinstanz erlassenes Urteil angefochten (Fälle sub VI 1 und 3a), so soll doch das Gericht, dessen Urteil mit der Revision angefochten worden war, Wiederaufnahmegericht sein.

Die Regel tritt aber zufolge § 407 Satz 2 wieder in Kraft (d. h. also das Revisionsgericht selbst ist Wiederaufnahmegericht), wenn das Revisionsurteil auf Grund von § 399[3] oder § 402[3] (also wegen bösen Willens) angefochten wird[28]).

## § 135.

### 2. Verfahren bis zum Wiedereröffnungsbeschluss.

I. Das im § 134 VII näher bestimmte Wiederaufnahmegericht tritt nun zunächst in Funktion als „beschliessendes" und demnächst erst möglicherweise[1]) als „erkennendes Gericht"[2]).

Innerhalb der Thätigkeit des beschliessenden Gerichts sind zwei Stufen zu unterscheiden: der Beschluss über „Zulassung" oder Nichtzulassung und der Beschluss auf „Wiederaufnahmeeröffnung" oder Nichteröffnung.

---

[28]) Der Grundgedanke des § 407 verlangt, dass man diese Ausnahme von der Ausnahme, also die Regel, auch bei Wiederaufnahme wegen Irrtums da in Kraft treten lässt, wo der Irrtum ein eigener des Revisionsgerichts war, also in den Fällen 3a und etwa gleichliegenden Fällen aus der Gruppe sub 1. Denn die Ausnahmebestimmung des § 407 Satz 2 geht ersichtlich darauf aus, das Revisionsgericht insoweit mit der Wiederaufnahme zu verschonen, als der den Wiederaufnahmegrund bildende Verstoss gar nicht in der Revisionsinstanz liegt. So auch Löwe 2a zu § 407; Binding 272; v. Kries 710, Rechtsmittel 447; Ullmann 637. A. M. Stenglein 6 zu § 407; Bennecke 779 Anm. 8; Keller 3; Puchelt 5 zu § 407; v. Schwarze H. H. II, 344; E. XIX, 321.

[1]) Möglicherweise aber auch nicht, nämlich dann nicht, wenn die Entscheidung des „beschliessenden Gerichts" negativ ausfällt.

[2]) Vgl. dazu oben 65 § 21.

II. Auf den Wiederaufnahmeantrag hin prüft das Wiederaufnahmegericht zuvörderst die prozessuale Zulässigkeit des Antrags. Fehlt eine der Voraussetzungen [3], so erfolgt Verwerfung des Antrages als unzulässig, § 408 Abs. 1 St.P.O. Eine Erneuerung des Antrages ist damit nicht ausgeschlossen [3a]).

III. Erachtet das Gericht den Antrag dagegen für zulässig, so ist der Antrag dem Gegner des Antragstellers unter Bestimmung einer Frist zur Erklärung zuzustellen [4], § 408 Abs. 2.

Nach Ablauf der Frist oder Eingang der Erklärung des Antragsgegners erfolgt (falls nicht Verwerfung des Antrages beschlossen wird, was auch jetzt noch möglich ist [5]) die Zulassung des Antrages durch Beschluss (Zulassungsbeschluss), verbunden mit Anordnung der erforderlich erscheinenden Beweisaufnahme (Ausführungsbeschluss), § 409 St.P.O.

IV. Das nunmehr folgende Stadium der Beweisaufnahmen ist der Voruntersuchung zu vergleichen: die Beweiserhebungen sind nicht dazu bestimmt, Urteilsgrundlage zu sein (wenngleich sie unter Umständen schliesslich doch als Urteilsgrundlage dienen [6]), sondern sollen nur Klarheit darüber schaffen, ob es überhaupt zur erneuten Hauptverhandlung kommen soll oder nicht.

Auf die vom Antragsteller angetretenen Beweise ist das Gericht hierbei gemäss der Instruktionsmaxime nicht beschränkt [7].

Ausgeführt werden die Beweiserhebungen durch einen beauftragten oder ersuchten Richter. Ob die Zeugen und Sachverständigen vereidigt werden sollen, (soweit Vereidigung überhaupt zulässig ist), hat das Wiederaufnahmegericht nach seinem Ermessen zu bestimmen [8]. Parteiöffentlichkeit besteht für die Beweisaufnahme in demselben Masse, wie in der Voruntersuchung [9].

Nach Schluss der Beweisaufnahme sind die Parteien unter Stellung einer Frist zur ferneren Erklärung aufzufordern, § 409 Abs. 4 St.P.O.

---

[3]) Oben § 134 V.
[3a]) Oben S. 422 Anm. 24.
[4]) Darin liegt konkludent die Absicht des Gerichts, den Antrag zulassen zu wollen. Der Zulassungsbeschluss wird aber jetzt noch nicht gefasst. Bennecke 780 Anm. 12; Stenglein ** zu § 408, Note 2; v. Kries 711, Rechtsmittel 454; Puchelt 4 zu § 408. A. M. Löwe 4; Thilo 4; Keller 1 zu § 408.
[5]) Stenglein 1 zu § 409; Bennecke 781 Anm. 13.
[6]) Unten § 136 IV.
[7]) Bennecke 781; Löwe 1b; Stenglein 2 zu § 409; v. Kries 711.
[8]) Vgl. aber unten § 136 IV.
[9]) Oben § 118 S. 505.

V. Auf Grund der Beweisaufnahme erfolgt dann Beschlussfassung über Eröffnung oder Nichteröffnung eines Wiederaufnahme-Hauptverfahrens[10]), wie man es nennen könnte.

1. Hat der vom Antragsteller behauptete Verstoss durch die Beweisaufnahme sich nicht bewahrheitet, oder hat ein Irrtum *ex* § 399 [1, 2], 402 [1, 2] sich zwar an sich als richtig herausgestellt, so jedoch, dass zwischen ihm und dem Urteil zweifellos kein Kausalzusammenhang besteht, so wird der Antrag als unbegründet durch Beschluss verworfen, § 410 Abs. 1 St.P.O.

2. Anderenfalls ergeht ein Wiederaufnahme-Eröffnungsbeschluss oder, wie man abgekürzt sagen kann, ein Wiedereröffnungsbeschluss: es wird „die Wiederaufnahme und die Erneuerung der Hauptverhandlung verordnet", § 410 Abs. 2 St.P.O., und zwar regelmässig vor dem eröffnenden Gericht selbst; sollte aber die That so, wie sie sich nach dem Wiederaufnahmeantrage qualifiziert, zur Zuständigkeit eines Gerichts niederer Ordnung gehören, so wird (analog dem § 207 St.P.O., vgl. oben § 114 I a, S. 493) vor diesem eröffnet[11]); mit der Eröffnung wird dieses dann Wiederaufnahmegericht.

Dieser Wiedereröffnungsbeschluss enthält eine Anzweifelung des ergangenen rechtskräftigen Urteils, und deshalb wird es regulär angemessen sein, von jetzt ab den Urteilsvollzug auszusetzen, § 400 Abs. 2 St.P.O. Keineswegs aber enthält der Beschluss schon eine Ausserkraftsetzung des angefochtenen Urteils[12]), sodass etwa die Sistierung der Vollstreckung mit juristischer Notwendigkeit eintreten müsste[13]).

---

[10]) Vorausgesetzt, dass das Gericht nicht jetzt erst die Unzulässigkeit der Wiederaufnahme erkannt. Solchenfalls müsste das Verfahren als unstatthaft eingestellt werden. Im wesentlichen übereinstimmend Löwe 3b; Keller 2 zu § 410; Geyer 850. Dagegen nehmen Bennecke 782 Anm. 22; Stenglein 1 zu § 410; v. Kries 713 an, über die Zulässigkeit der Wiederaufnahme sei nur einmal, nämlich durch den Zulassungsbeschluss, zu befinden. Zum Beweise wird darauf hingewiesen, dass der Zulassungsbeschluss, weil mit sofortiger Beschwerde anfechtbar (§ 412 St.P.O.), rechtskräftig werde. Das ist an sich richtig, beweist aber nur, dass das Gericht den Zulassungsbeschluss nicht wieder aufheben kann; wohl aber kann es nach erfolgter Ausführung der zugelassenen Beweisaufnahme dem weiteren Verfahren die Zulassung versagen.

[11]) Ebenso E. IX, 34; R. V, 482; v. Kries 715; Stenglein 6; Hellweg bei Löwe 5b zu § 410; Hamm im „Recht", III, 25; Bennecke 784 Anm. 9. A. M. Löwe 5b zu § 410. (Beispiele: Die Strafkammer hat den A wegen Notigung und reell konkurrierenden Diebstahls an einem Objekt unter 25 Mark verurteilt; A greift jetzt nur die Verurteilung wegen Diebstahls durch den Wiederaufnahmeantrag an; oder: Vom Schwurgericht ist A, gegen den wegen Raubes eröffnet war, nur wegen einfacher Körperverletzung verurteilt worden; gegen diese Verurteilung richtet sich der Wiederaufnahmeantrag.)

[12]) Wie Binding, Grdr. 274; Birkmeyer 740; Bennecke 783 annehmen.

[13]) Dies nehmen an Bennecke a. a. O.; Löwe 1; Stenglein 1 zu § 400; Woermann, Wiederaufnahmeverfahren 31; Binding a. a. O.; Birkmeyer a. a. O. Wie im Text Meves, H. H. II, 475 Anm. 2.

## § 136.

### 3. Das Wiederaufnahme-Hauptverfahren.

I. Durch den Wiederaufnahme-Eröffnungsbeschluss wird die Strafsache erneut einem Hauptverfahren unterbreitet. Die Hauptverhandlung ist eine volle Wiederholung der Instanz, völlig *novum judicium*[1]), es wird nicht bloss geprüft, ob der Wiederaufnahmeantrag begründet ist; es muss eingegangen werden auf alle Teile des Prozessgegenstandes, so muss namentlich die Strafzumessungsfrage neu geprüft werden[2]). *Nova* sind in vollem Umfang zulässig, insoweit dies die Instanz, in der die Sache sich befindet, erlaubt[3]). Der Beweis ist (mit der gleichen Einschränkung) wieder von Grund aus neu aufzubauen, nicht etwa hat das Gericht auf der Basis der früheren Beweisergebnisse und der früheren Beweiswürdigung zu fussen und nur zu prüfen, ob die Verschiebung der Sachlage gegen früher ein Abgehen von jenem früheren Ergebnisse rechtfertigt. „Der Inhalt der früheren Hauptverhandlung ist für das Gericht nicht vorhanden"[4]). Sogar solche relevanten Thatsachen, die sich erst nach Rechtskraft des Urteils ereignet haben (z. B. Verjährung, der Tod des Geschlagenen im Falle des § 227 St.G.B. u. s. w.) müssen mit berücksichtigt werden. Die Rechtsauffassung, die in den früheren Urteilen zu Grunde gelegt worden ist, ist für das Gericht unverbindlich.

In der Hauptverhandlung können dieselben Richter, wie in der früheren, mitwirken, da die Wiederaufnahme kein Rechtsmittel ist, somit für § 23 Abs. 1 St.P.O. hier kein Raum ist[5]).

II. Auch nach durchgeführter Hauptverhandlung noch hat das Gericht in erster Linie darüber zu befinden, ob die Wiederaufnahme überhaupt zulässig war, denn diese Zulässigkeit ist Urteilsvoraussetzung für das Wiederaufnahmeurteil[6]). Fehlt es hieran, so muss das Wiederauf-

---

[1]) E. XXIX, 278. Dass es sich um ein neues Verfahren handelt, ist besonders auch für § 66 von Bedeutung; E. XVIII, 417 mit der allgemeinen Meinung.

[2]) E. XXX, 421.

[3]) In der Revisionsinstanz (oben § 134 VI und VII) sind daher materiellrechtliche *nova* unzulässig, oben § 133 I, V.

[4]) Bennecke 784; E. II, 323; R. II, 316, IV, 869, X, 430.

[5]) Bennecke 785 Anm. 12; v. Kries 716. Dagegen muss in analoger Anwendung des § 23 Abs. 3 St.P.O. von den Richtern, die den Wiederaufnahme-Eröffnungsbeschluss gefasst haben, einer und speziell der Berichterstatter als ausgeschlossen gelten. A. M. E. IV, 426, V, 430; R. III, 521; Löwe 1b zu § 413; Bennecke 785 Anm. 12.

[6]) Vgl. hierzu oben S. 381.

nahmeverfahren durch Beschluss eingestellt werden[7]), nicht anders wie das ursprüngliche Verfahren bei Fehlen der Prozessvoraussetzungen eingestellt werden muss[8]). Dagegen ist die Prüfung, ob die Wiederaufnahme auch begründet war, ob also der Wiedereröffnungsbeschluss zu Recht erlassen worden ist oder nicht, durch die Ereignisse überholt. Hierauf kann das erkennende Gericht ebensowenig zurückkommen, wie es im ursprünglichen Verfahren auf die Frage des „hinreichenden Verdachts", den der Eröffnungsbeschluss annahm, in dem Sinne hätte zurückkommen können, dass der Eröffnungsbeschluss aufgehoben würde[9]).

III. Wird die Wiederaufnahme aber als zulässig befunden, so ist zunächst festzustellen, was für ein Urteil im gewöhnlichen Hauptverfahren zu erlassen sein würde. Ganz wie bei den Rechtsmitteln ist aber diese Entscheidung nur dann auch wirklich auszusprechen, wenn die frühere Entscheidung im Vergleich zu ihr ein *gravamen* für denjenigen, in dessen Interesse die Wiederaufnahme beantragt war, enthält: *reformatio in pejus* ist, wie bei der Revision (auch mit dem gleichen Wortlaut „härtere Strafe")[10]) verboten, § 413 Abs. 2 St.P.O. Enthält die frühere Entscheidung kein *gravamen*, so lautet das jetzige Urteil auf „Aufrechterhaltung" des früheren[11]). Im anderen Falle wird das frühere Urteil aufgehoben und an seine Stelle das als richtig erscheinende gesetzt, § 413 Abs. 1 St.P.O.

Nach dem oben I Ausgeführten hat eine solche Aufhebung nicht bloss dann zu erfolgen, wenn einer der geltend gemachten Wiederaufnahmegründe sich als durchgreifend erweist, sondern auch dann, wenn die geltend gemachten Wiederaufnahmegründe sämtlich sich als unkräftig erweisen, aber irgend ein anderer Umstand, wäre es selbst ein solcher, der eine Handhabe zur Eröffnung der Wiederaufnahme

---

[7]) A. M. E. IV, 402, XXII, 98; R. III, 447, V, 300; Bennecke 783 Anm. 2; Löwe 1 zu 410; v. Kries 715 (das erkennende Gericht könne die Zulässigkeit der Wiederaufnahme nicht nachprüfen). Die Argumentation, dass der Zulassungsbeschluss nicht aufgehoben werden könne, beweist nichts, oben Anm. 10).

[8]) Oben § 122.

[9]) Oben S. 534.

[10]) Vgl. dazu oben § 133 VII.

[11]) Diese vom Gesetz im Gegensatz zum Entwurf beliebte Formulierung ist *de lege ferenda* nicht einwandfrei, vgl. Löwe 1 zu § 410; Bennecke 784 Anm. 3; v. Kries 716, Rechtsmittel 460; G.A. XXVI, 177.

nicht geboten haben würde, ein Abgehen von dem erstgesprochenen Urteil erheischt[12]).

Folge der Aufhebung ist Wegfall der noch ausstehenden Wirkungen des ersten Urteils und Rückgängigmachung der schon eingetretenen, so gut es geht[13]).

Lautet das jetzige Urteil auf Strafe, so ist die etwa schon auf Grund des früheren vollzogene Strafe anzurechnen[14]). Unter besonderen Voraussetzungen verbindet sich mit der Aufhebung die Zusprechung einer Entschädigung, unten § 138.

IV. Ausnahmsweise wird nach § 411 St.P.O. ohne Wiederaufnahmehauptverfahren an Stelle des Eröffnungsbeschlusses sofort eine Sachentscheidung erlassen.

1. Eine solche sofortige Sachentscheidung ist obligatorisch, wenn der Angeklagte tot ist und die Freisprechung geboten erscheint;

2. auch bei Lebzeiten des Angeklagten kann das Gericht, bei öffentlichen Klagen aber nur mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft, sofort ohne Hauptverhandlung auf eine Freisprechung erkennen, wenn es die Sache für genügend geklärt erachtet.

Will das Gericht eine solche Freisprechung ad 1 oder 2 aussprechen, so muss es aber die Beweisaufnahme formell wie materiell erschöpfend gestalten, namentlich die Zeugen und Sachverständigen, soweit zulässig, vereidigen[15]); der § 409 Abs. 2 St.P.O. gilt für die Beweisaufnahme, die einer sofortigen Freisprechung als Grundlage dient, nicht.

In beiden Fällen ist die Freisprechung in die Form eines Urteils, nicht in die eines Beschlusses, zu kleiden[16]).

Auf Verlangen des Antragstellers ist die Aufhebung des Urteils öffentlich bekannt zu machen, St.P.O. § 411 Abs. 4.

V. Die im Wiederaufnahmeverfahren erster Instanz ergehenden Beschlüsse sind mit sofortiger Beschwerde, soweit sie nicht nach allgemeinen Bestimmungen

---

[12]) Z. B. das Gericht folgt einer anderen Rechtsauffassung oder es misst die Strafe innerhalb des gleichen Strafrahmens anders zu, als es das erste Mal geschehen war. Vgl. Bennecke 784.

[13]) Rückzahlung von Geldstrafen, Bussen, Rückgabe von eingezogenen Gegenständen, Zurücknahme einer öffentlichen Bekanntmachung, Wiederverleihung der abgesprochenen öffentlichen Ämter u. s. w. Bennecke 786 Anm. 17, 18; Löwe 4, 5; Stenglein 4 zu § 413; E. VIII, 253, XV, 188; R. IX, 62; v. Kries 717.

[14]) Bennecke 786.

[15]) E. XXIX, 64; Bennecke 787; Binding, Grdr. 275.

[16]) Ebenso Löwe 4 zu § 411; E. XXVIII, 146; Reichsgericht, Preuss. J.M.Bl. 1897, 66; Karl Meyer, Deutsche Juristen-Ztg. IV, 437; Binding, Grdr. 274. A. M. v. Kries 714; Keller 2; Stenglein 4 zu § 411; Bennecke 787. Die Auffassung des Textes entspricht dem Grundsatz, dass, wo nichts Gegenteiliges bestimmt ist, Sachentscheidungen in Urteilsform auszusprechen sind. Als neues Argument ist jetzt § 4 des Entschädigungsgesetzes vom 20. Mai 1898 hinzugetreten, der schlechthin von „dem Urteil" spricht.

§ 346 Abs. 3 St.P.O.). unzulässig ist (§ 412 St.P.O.[17]), die ergehenden Urteile in derselben Weise wie ausserhalb des Wiederaufnahmeverfahrens ergehende Urteile anfechtbar, also z. B. möglicherweise wiederum durch Antrag auf abermalige Wiederaufnahme.

Wenn ein im Wiederaufnahmeverfahren ergangenes Urteil mit einem Rechtsmittel angegriffen wird, so hat, allgemeinen Grundsätzen gemäss, das Rechtsmittelgericht (nach Prüfung der Rechtsmittelvoraussetzungen) vorab zu prüfen, ob die Wiederaufnahme überhaupt zulässig war[18]), (nicht aber, ob Anlass zur Fassung des Wiedereröffnungsbeschlusses vorgelegen hatte).

## § 137.

### Anhang 1. Abolitions- und Gnadenverfahren.

I. Theoretisch besteht und rechtshistorisch bestand die Möglichkeit, dass ein Strafprozess „niedergeschlagen", d. h. vor rechtskräftiger Entscheidung stillgestellt wird, sodass er unvollendet abbricht. Eine Befugnis zu solcher Niederschlagung oder „Abolition" steht, wenn überhaupt, nur dem Staatshaupte zur Ausübung zu. Es muss jedoch behauptet werden, dass ein solcher Eingriff in das Verfahren nach heutigem Reichsrecht durchaus unzulässig ist[1]). Denn nur eine „strafprozessrechtliche Vorschrift" kann die Beendigung eines schwebenden Verfahrens anordnen; es handelt sich um Verzicht auf das staatliche Strafklagerecht; eine strafprozessuale Vorschrift kann aber nach § 6 E.St.P.O. nicht aus den Partikularrechten, sondern nur aus dem Reichsrecht entnommen werden, und das Reichsrecht lässt nirgends Abolition zu. Der Kaiser speziell hat nach § 484 St.P.O. nur die Ausübung des Rechts der Begnadigung im engeren Sinne[2]).

Es darf dabei auch nicht zwischen dem Prozessabschnitt vor Eröffnung der gerichtlichen Untersuchung und dem nachfolgenden Prozessabschnitt unterschieden werden in dem Sinne, dass zwar, wenn das Gericht schon mit der Sache befasst sei, eine Hinderung des weiteren Verfahrens durch Abolition ausgeschlossen sei, dass dagegen vorher das Staatshaupt durch die Centraljustizbehörde die Staatsanwaltschaft zur Nichterhebung der Klage oder (soweit nach § 154 St.P.O. zulässig) zu deren Zurücknahme anweisen könne[3]). Denn das staatsanwaltschaftliche Anweisungsrecht

---

[17]) § 412 meint mit „Entscheidungen" nur Beschlüsse, nicht Urteile, Bennecke 783 Anm. 23.

[18]) A. M. E. XX, 46; Löwe 4 zu § 412. Vgl. oben II.

[1]) Als geltenden Rechtens behandeln die Abolition Binding, Grdr. des Strafrechts I, 232, Handbuch I, 869; Löwe 2 zu § 6 E.St.P.O; Löb, Begnadigungsrecht (1881), 23; Meves H. H. II, 495; Siebenhaar Z. VIII, 465; Glaser II. 53 Anm. 12; v. Liszt § 75 Anm. 4; H. Meyer § 46 bei Anm. 27. Wie im Text Jastrow G.S. XXXIV, 532; Stenglein 2 zu § 6 E.St.P.O.; John I, 108; Löning, Grdr. des Strafrechts 82; Geyer 407 und Grdr. des Strafrechts I, 212; Ortloff G.A. XLV, 227, Grünhuts Zeitschrift XXIII, 498. Die Scheidung zwischen den nach Reichsrecht und den nach Landesrecht strafbaren Handlungen, die v. Kries 104 machen will, ist nicht gerechtfertigt.

[2]) Für Elsass-Lothringen wollen dem Kaiser ein Abolitionsrecht geben: Elsas, Begnadigungsrecht 70; Laband II, 471; Hancke, Archiv für öffentliches Recht V, 443. Dagegen mit Recht Binding, Grdr. des Strafrechts I, 234.

[3]) Dies ist im wesentlichen die Meinung von Elsas, Begnadigungsrecht 99; Bennecke oben 34, Anm. 17.

(G.V.G. § 147, oben S. 128) kann nicht *contra legem* anlaufen. Es ist nur *intra legem* bindend, kann daher namentlich dem Legalitätsprinzip [4]) keinen Abbruch thun.

Ein etwa vorkommender Abolitionsakt wäre somit bedeutungslos und könnte den Fortgang des Verfahrens nicht aufhalten [5]).

Anders läge die Sache, wenn die „Abolition“ ein Akt von materiell-strafrechtlicher Bedeutung wäre. Das könnte er in dem Sinne sein, dass er einen Verzicht auf den Strafanspruch darstellte und zwar im Gegensatz zu der Begnadigung im engeren Sinne einen Verzicht vor rechtskräftiger Feststellung des Bestehens des Strafanspruchs. Dabei wäre eine doppelte Konstruktion möglich; entweder es wird *in blanco* auf den Strafanspruch verzichtet mit sofortiger Wirksamkeit; oder es wird von vorn herein bedingt begnadigt, d. i. für den Fall, dass das Gericht zu einer Verurteilung gelange. Aber in keinem der beiden Fälle würde noch von „Niederschlagung des Prozesses“ die Rede sein. Der Prozess ginge ordnungsmässig seinen Gang weiter; nur würde das Gericht im ersten Falle freisprechen müssen, da der Strafanspruch untergegangen wäre; im letzten Falle würde die Abolition nicht einmal in dieser Weise auf den Inhalt des Urteils Wirkung ausüben, es würde Verurteilung ergehen und nunmehr die Gnade wirksam werden.

II. Anlangend die Begnadigung im engeren Sinne, so ist scharf zu scheiden zwischen dem Inhaber des Gnadenrechts und dem Ausübungsberechtigten. Inhaber des Gnadenrechts ist der Staat, um dessen Strafanspruch es sich handelt; wer ausübungsberechtigt ist, ist oben S. 33 dargelegt.

Das Gnadenverfahren ist gesetzlich nicht geregelt. In Preussen ist die Berichterstattung über die Sache im Falle eines Gnadengesuchs in die Hände der Staatsanwaltschaft gelegt [6]).

## § 138.

### Anhang 2. Die Entschädigung unschuldig Bestrafter.

Justizirrtümer sind zu allen Zeiten vorgekommen und werden auch weiterhin selbst bei peinlichster Justiz nicht zu vermeiden sein, weil sich der Mensch über die Möglichkeit des Irrtums nicht erheben kann. Die Idee der Gerechtigkeit erheischt aber, dass, wenn jemand einem solchen Irrtum zum Opfer gefallen und schuldlos bestraft worden ist, der Staat, soweit thunlich, die zugefügten Schädigungen wieder gut macht, sobald der Irrtum als solcher erkannt worden ist. Erst in den letzten Jahren ist jedoch die Gesetzgebung der modernen Kulturstaaten dem Problem der „Entschädigung unschuldig Verurteilter“ näher getreten [1]).

---

[4]) Oben § 73 III.

[5]) Die Streitfrage, ob ein Abolitionsakt nur die Gerichte des Staates binde, dessen Staatshaupt abolitioniert habe — so Laband II, 491, vgl. denselben in der Deutschen Juristen-Ztg. vom 1. Juli 1896; E. XXVIII, 419; v. Liszt § 75 Anm. 4 — oder auch das in höherer Instanz thätig werdende Reichsgericht — so Binding Grdr. 252; Grdr. des Strafrechts I, 235; H. Seuffert „Begnadigung“ in v. Stengels W. B. des Verwaltungsrechts — ist somit für uns gegenstandslos.

[6]) Genaueres darüber bei Krobitzsch, Verfügung in Strafsachen (1896), 311 ff.

[1]) Vgl. z. B. Französisches Gesetz vom 8. Juni 1895; *Rivista penale, Collez. legisl., III. Serie, vol. II p. 86*; *Revue pénit. 1895, 1242*; *1896, 3*; Garraud, Z. VI,

In Deutschland hat die Bewegung, die schon seit geraumer Zeit für Einführung der Entschädigung im Flusse war[2]), schliesslich zu dem Reichsgesetz vom 20. Mai 1898 geführt.

I. Nach diesem deutschen Reichsgesetz steht solchen Personen, die Strafe verbüsst haben, unter folgenden Voraussetzungen ein Anspruch auf Entschädigung zu:

1. Der Verurteilte muss später im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochen[3]) oder in Anwendung eines milderen Strafgesetzes mit einer geringeren als der verbüssten Strafe belegt worden sein; und

2. das Wiederaufnahmeverfahren muss entweder die Unschuld (bezüglich der That oder eines erschwerenden Umstandes) oder dargethan haben, dass gegen den Angeklagten ein begründeter Verdacht nicht mehr vorliegt.

Ausgeschlossen ist der Anspruch bei vorsätzlicher oder fahrlässiger Herbeiführung der früheren Verurteilung, wobei jedoch Unterlassung einer Rechtsmitteleinlegung nicht als Fahrlässigkeit gilt.

II. Der Anspruch geht auf Ersatz desjenigen Vermögensschadens, der aus der Strafvollstreckung[4]), insoweit sie durch das Wiederaufnahmeurteil reprobiert worden ist, entstanden ist, einschliesslich des Schadens, der den dem Verurteilten gegenüber alimentationsberechtigten Personen entstanden ist.

III. Schuldner ist derjenige Staat, dem das Gericht der ersten Instanz angehört.

IV. Das Verfahren ist zerteilt nach Grund und Betrag des Anspruchs.

1. Über die Verpflichtung der Staatskasse zur Entschädigung befindet das im Wiederaufnahmeverfahren erkennende Gericht durch einen unanfechtbaren Beschluss[5]), der gleichzeitig mit dem Urteil zu fassen, aber nicht zu verkünden, sondern zuzustellen ist.

2. Der Anspruchsberechtigte hat sodann seinen Anspruch bei der Staatsanwaltschaft binnen drei Monaten von der Zustellung ab anzumelden. Über den Betrag entscheidet die oberste Landesjustizverwaltungsbehörde; gegen ihre Entscheidung findet jedoch binnen drei Monaten Klage im ordentlichen Rechtswege vor den Civilgerichten statt.

---

742; v. Doleschall, Die Entschädigung unschuldig Verurteilter u. s. w. im ungarischen Strafprozessentwurf, G.S. LIII, 261; Felisch, Deutsche Juristen-Ztg. III, 336; für Österreich: G.S. XLV, 374; XLVI, 135; XLVII, 76; Klewitz, Archiv für öffentliches Recht VII, 311.

[2]) Vgl. besonders die Verhandlungen des 22. Deutschen Juristentages (1892), Bd. IV, mit Gutachten von Ullmann und Merkel, s. auch des Letzteren Gesammelte Abhandlungen II, 759.

[3]) Freisprechung aus Rechtsgründen (oben S. 609 Anm. 12) genügt. A. M. Lessing, Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen, 40; Woermann, Das Wiederaufnahmeverfahren u. s. w., 49. Aber *lege non distinguente nec nostrum est distinguere!* Zutreffend Mamroth (2c zu § 1 des Gesetzes) in seiner Handausgabe der St P.O.

[4]) Wo keine Strafe vollstreckt worden ist, da ist auch kein Entschädigungsanspruch begründet, für die Verurteilung als solche wird Entschädigung nicht gewährt. Aus diesem Grunde ist es für das deutsche Recht nicht korrekt, die übliche Bezeichnung „Entschädigung unschuldig Verurteilter" beizubehalten; vgl. die Überschrift dieses §.

[5]) Vgl. dazu oben 203 Anm. 10.



## IV. Die Strafvollstreckung.

### § 139.

### 1. Allgemeines.

I. Welches Übel für den Verurteilten in der Strafe liegt und liegen soll, bestimmt das materielle Strafrecht. Die Art und Weise dagegen, wie, wo, wann dieses Übel dem Verurteilten zugefügt wird, bestimmt das Strafprozessrecht. Die Übelszufügung heisst aktiv, vom Standpunkt des Strafberechtigten aus gesehen, Strafvollstreckung, Exekution; passiv, vom Standpunkt des Sträflings aus gesehen, Strafverbüssung. Wirkung der Strafvollstreckung ist Tilgung des Strafanspruchs.

Die Strafvollstreckung ist das eigentliche Ziel des Strafprozesses. Doch gehört sie nicht mehr zum „Prozess" im engeren Sinne (= Feststellungsverfahren), ist vielmehr ein in sich abgeschlossenes, an eigene Voraussetzungen geknüpftes Verfahren vor eigenen Behörden [1]). Immerhin muss aber die Strafvollstreckung als Teil der Justiz aufgefasst werden [2]); es geht zu weit, wenn man [3]) sie der Justiz verwaltung zuweist.

II. Strafvollstreckungsberechtigter ist der Staat, bei dessen Gerichten die Sache in I. Instanz anhängig war. Ist auf eine Gesamtstrafe successive (§ 79 St.G.B., § 492 St.P.O.) durch Entscheidungen der Gerichte verschiedener deutscher Staaten erkannt worden, so ist strafvollstreckungsberechtigt derjenige Staat, dessen Gericht die Gesamtstrafe, sei es in der regelmässigen Form, sei es in Form einer Zusatzstrafe, festgesetzt hat, Bundesratsbeschluss vom 11. Juni 1885 [4]), Ziff. 1; es ist hierdurch einer Zerreissung der Vollstreckung der Gesamtstrafe, die dem Charakter der Gesamtstrafe nicht entsprechen würde, vorgebeugt.

III. Strafvollstreckungsorgan ist grundsätzlich, wie im französischen Recht, die Staatsanwaltschaft (erster Instanz), St.P.O. § 483 [5]), aber unter Ausschluss der Amtsanwälte, Abs. 2 daselbst.

Die Landesjustizverwaltungen sind aber durch Abs. 3 daselbst ermächtigt, die Strafvollstreckung für Schöffen- (und *per argum. a fortiori*

---

[1]) Dabei beziehen sich die Sätze der St.P.O. nur auf die Vollstreckung der von den ordentlichen Gerichten verhängten Kriminalstrafen. Eine Ausnahme s. in § 454 M.St.G.O., unten § 140 Anm. 1.

[2]) Auch Birkmeyer 4 rechnet sie mit zum Prozess im weiteren Sinne.

[3]) So Bennecke 790.

[4]) C.-Bl. für das Deutsche Reich 1885, 270, abgedruckt bei Löwe und Stenglein zu § 163.

[5]) Vgl. hierzu Geyer 888; Binding Grdr. 280; Birkmeyer 751.

Amts-) gerichtssachen[6]) den Amtsrichtern zu übertragen. Dies ist in den meisten Bundesstaaten geschehen[7]).

IV. Die Ausführung der Strafvollstreckung kann man mit Ötker[8]) als den „Strafvollzug“ bezeichnen.

Die Strafvollzugsorgane sind nicht notwendig dieselben, wie die Strafvollstreckungsorgane; es giebt besondere Gefängnisbeamte, Scharfrichter u. s. w. Eine fundamentale Scheidung zwischen Strafvollzug und Strafvollstreckung ist gleichwohl nicht vorhanden[9]). Dass der Strafvollzug besonderen Organen obliegt, ist keineswegs notwendig, sondern nur zulässig. Grundsätzlich ist das Strafvollstreckungsorgan auch Strafvollzugsorgan[10]); sind keine besondere Vollzugsorgane da, so liegt der Vollzug bei der Vollstreckungsbehörde selbst[11]).

V. Regelmässig bewirkt der berechtigte Staat Vollstreckung und Vollzug durch seine eigenen Organe und Einrichtungen.

Insoweit es sich speziell um vermögensrechtliche Vollstreckungen handelt, steht jedes deutsche Gericht und jeder deutsche Gerichtsvollzieher als ausführendes Organ jedem deutschen Staate zur Verfügung, § 161 G.V.G.

Für die Vollstreckung von Freiheitsstrafen oder Ergreifung und Ablieferung Verurteilter sind die Staatsanwaltschaften Rechtshülfeorgane, § 164 G.V.G.

Die Strafvollstreckung kann aber auch im Wege der Rechtshülfe von einem anderen Staate unterstützt werden (durch Festnahme u. s. w.) oder sogar ganz ausgeführt werden.

1. Stillschweigend wird vom G.V.G. vorausgesetzt, dass jeder deutsche Bundesstaat verpflichtet ist, dem Reiche und den anderen Bundesstaaten die Hülfshandlungen zu gewähren, die den Straf-

---

[6]) Man ist einverstanden darüber, dass die Fassung des Gesetzes ungenau ist. § 483 spricht von den „zur Zuständigkeit der Schöffengerichte gehörigen Sachen“, meint aber die von den Schöffengerichten abgeurteilten Sachen, also einschliesslich der überwiesenen Sachen (G.V.G. § 75), und ausschliesslich der wegen Zusammenhangs von einem Gericht höherer Ordnung abgeurteilten Sachen. Löwe 4b zu § 483; Bennecke 795 Anm. 3; Birkmeyer 41; Meves H. H. II, 474; v. Kries 762 Anm. 1; Geyer 891.

[7]) Dadurch wird der Amtsrichter nicht dem staatsanwaltschaftlichen Behördenkörper eingegliedert, er bleibt den richterlichen Vorgesetzten unterstellt; Bennecke 795 Anm. 5; Löwe 5 zu § 483; Ullmann 641. A. M. v. Kries 763; Keller 8 zu § 483.

[8]) 635.

[9]) Anders Ötker 635.

[10]) Es entfällt deshalb der Schluss, den Ötker 635 ff. aus der Scheidung für den Verweis ziehen will, vgl. unten § 140 IV.

[11]) Fände sich beispielsweise niemand zu dem Amte eines Scharfrichters bereit, so bliebe der Staatsanwaltschaft nichts übrig, als selbst die Hinrichtung auszuführen. Sie befände sich dabei durchaus in „rechtmässiger Ausübung ihres Amtes“, was nach Ötker nicht der Fall wäre.

vollstreckungsberechtigten in den Stand setzen, die Vollstreckung seinerseits vorzunehmen, namentlich den Verurteilten festzunehmen und an den strafvollstreckungsberechtigten Staat abzuliefern[12]). Für die Rechtshülfekosten ist diesfalls § 165 G.V.G. anwendbar.

2. Es besteht aber sogar eine Verpflichtung des requirierten Staates, die Strafvollstreckung selbst auszuführen,

a) insoweit es sich um Freiheitsstrafen von höchstens 6 Wochen handelt und sich der Verurteilte in dem Gebiet des ersuchten Staates aufhält, § 163 G.V.G.; der ersuchte Staat hat dann Anspruch auf Erstattung der baaren Auslagen, die er für die Strafvollstreckung aufgewendet hat, § 165 G.V.G. In diesem Falle hat der Verurteilte auch nur die Pflicht, sich in dem Aufenthaltsstaate der Strafe zu gestellen[13]).

b) Bei einer successive auf Grund der Urteile verschiedenstaatlicher Gerichte[14]) entstandenen Gesamtstrafe ist derjenige Staat, der nach dem Gesamtbetrag der von seinen Gerichten herrührenden Einzelstrafen am höchsten beteiligt ist, zur kostenlosen Übernahme der Strafvollstreckung verpflichtet, auch wenn der Verurteilte sich nicht in seinem Gebiete befindet. Bundesratsbeschluss vom 11. Juni 1885, Ziff. 2, 4 Abs. 2 (vgl. ferner 3 das.). Doch kann dieser Staat, wenn die Voraussetzungen des § 163 G.V.G. vorliegen, seinerseits den Aufenthaltsstaat (gegen Auslagenerstattung) im Rechtshülfewege (oben 2a) in Anspruch nehmen, Bundesratsbeschluss Ziff. 5.

Rechtshülfeorgan für die Bewirkung einer Ergreifung und Ablieferung oder der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe ist auch unter verschiedenen Staaten die Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht des Bezirks, § 164 St.P.O. Im übrigen sind die Rechtshülfeorgane reichsrechtlich nicht bestimmt.

Inwieweit auch ausserdeutsche Staaten bei der Strafvollstreckung mitwirken, bemisst sich nach Völkerrecht[15]). Regelmässig gewähren andere Staaten nur Auslieferungen und auch diese nur mit starken Einschränkungen. Sollte aber ein fremder Staat auf Ersuchen

[12]) „Ablieferung" ist *terminus technicus* für den Verkehr zwischen den Deutschen Staaten unter einander, „Auslieferung" *term. techn.* für den Verkehr zwischen dem Deutschen Reich oder einem Deutschen Bundesstaate einerseits und dem Auslande andererseits.

[13]) Ebenso Geyer 400; Löwe 4 zu § 163; Bennecke 791. A. M. Laband, Staatsrecht II, 383; Stenglein, Lehrbuch 39; Birkmeyer 289 Anm. K. 12.

[14]) Oben § 95 S. 394.

[15]) Vgl. besonders Lammasch, Auslieferungspflicht und Asylrecht; v. Martitz, Internationale Rechtshülfe in Strafsachen; Delius, Auslieferungsrecht (1899); Ullmann Völkerrecht §§ 103, 111—117; v. Liszt § 23, Völkerrecht 177; Gareis, Institutionen des Völkerrechts § 68.

die Vollstreckung eines deutschen Urteils selbst übernehmen[16]), so steht dem deutscherseits nichts im Wege, und solche Strafverbüssung wäre gleichkräftig wie eine inländische.

VI. Vollstreckungsgegner (Duldungspflichtiger) ist grundsätzlich nur der Verurteilte selbst. Sein Tod endigt faktisch die weitere Vollstreckung. Gegen die Erben ist mit Rücksicht auf die höchstpersönliche Natur der Strafe jeder Strafvollstreckungsakt unzulässig. Davon gilt nur die Ausnahme des § 30 St.G.B., wonach eine eine Geldstrafe in den Nachlass vollstreckt werden kann, selbstverständlich nur unter der Voraussetzung, dass das Urteil bei Lebzeiten des Verurteilten rechtskräftig geworden war[17]).

VII. Vollstreckbar sind im Strafprozess prinzipiell nur Akte deutscher Strafjustizbehörden. Fremdstaatliche Urteile geben keine Strafvollstreckungstitel ab[18]).

VIII. Vollstreckbare Titel sind im Strafprozess das Strafurteil und die ihm gleichgestellten auf Strafe lautenden prozesserledigenden Entscheidungen (Strafbefehl, Strafverfügung, Strafbescheid) grundsätzlich erst[19]) nach Eintritt der (formellen) Rechtskraft[20]), § 481 St.P.O.[21]). Dabei muss die Rechtskraft schrankenlos eingetreten sein (absolute Rechtskraft). Solange sie noch persönlich beschränkt ist, insofern das Urteil noch nicht gegen alle Anfechtungsberechtigten rechtskräftig geworden ist[22]), oder objektiv beschränkt, insofern inhaltlich die Rechtskraft nur zum Teil eingetreten ist[23]) — (relative Rechtskraft) —, kann keine Vollstreckung eintreten.

Ist freilich ein quantitativer für sich selbständig vollstreckbarer Teil des Urteils rechtskräftig geworden, so steht die Anfechtung, die

---

[16]) Vgl. den Fall bei Delius, Archiv für öffentliches Recht XI, 521.

[17]) Oben § 98 Anm. 2.

[18]) Singulärerweise sind jedoch Urteile niederländischer Rheinschiffahrtsgerichte und österreichischer Elbzollgerichte zufolge Rev. Rheinschiffahrtsakte vom 17. Oktober 1868 Art. 40 und Elbschiffahrts-Additionalakte vom 13. April 1844 § 50 Abs. 3, Titel für deutsche Strafvollstreckung.

[19]) Andererseits aber auch schon vom Eintritt der Rechtskraft ab; die Anhängigkeit eines Wiederaufnahmeverfahrens steht der Strafvollstreckung nicht entgegen, vgl. oben S. 598; noch viel weniger kommt natürlich die blosse Möglichkeit einer Wiederaufnahme in Betracht.

[20]) Nichtige Urteile sind somit, da sie nicht in Rechtskraft erwachsen, nicht vollstreckbar, s. oben S. 296 und Binding Grdr. 231. Im übrigen aber hat die Strafvollstreckungsbehörde nicht die Aufgabe, die Ordnungsmässigkeit des Prozesses nachzuprüfen.

[21]) Auch für den Verweis gilt nichts Abweichendes; E. XIV, 421; Bennecke 802.

[22]) Oben § 98 bei Anm. 4.

[23]) Oben § 104 IV, § 133 bei Anm. 22.

sich gegen die anderen Teile des Urteils richtet, der Strafvollstreckung bezüglich jenes ersten Teils nicht entgegen. Dies gilt

1. für die Fälle, in denen mehrere Strafsachen in Frage stehen, und die Anfechtung sich nicht auf alle bezieht. So

a) für den Fall der Realkonkurrenz, wenn nicht bezüglich aller Thaten Anfechtung erfolgt. War im Urteil eine Gesamtstrafe ausgesprochen, so kann diese natürlich nicht vollstreckt werden, wenn auch nur eine einzige Einzelstrafe angefochten wird, wohl aber kann die nicht angefochtene, also rechtskräftig gewordene Einzelstrafe vollstreckt werden[24]). Die kann freilich wegen § 493 St.P.O. faktisch nur dann geschehen, wenn das Gericht, wie es korrekterweise muss[25]), auch die Einzelstrafe in den Tenor aufgenommen hat.

Möglich bleibt dabei, dass künftig eine Gesamtstrafe anderer Art als die jetzige Einzelstrafe zur Vollstreckung kommt[26]). Aber dieser Fall liegt gar nicht anders, wie der, dass die mehreren Thaten in getrennten Prozessen abgeurteilt worden sind und in dem zweiten eine Gesamtstrafe anderer Art ausgeworfen wird, als die, von der der Thäter schon einen Teil verbüsst hat. Es findet § 79 St.G.B. Anwendung[27]).

b) Ebenso findet separate Vollstreckung statt in den Fällen, in denen mehrere Angeklagte verurteilt worden sind und nur einige sich bei dem Urteil beruhigt, andere das Urteil angefochten haben. In den Fällen, in denen mehrere Mitangeklagte verurteilt worden sind, und einer von ihnen eine auf eine materiellrechtliche Rüge gestützte zulässige Revision eingelegt hat, muss freilich wegen § 397 St.P.O.[28]) die Strafvollstreckung gegen alle einstweilen unterbleiben[29]).

2. Partielle Vollstreckung ist ferner dann thunlich, wenn in einer Strafsache ein ablösbarer und der eigenen Vollstreckung fähiger Teil des Urteils rechtskräftig geworden ist[30]), also in den Fällen, in denen

---

[24]) Ebenso v. Kries Rechtsmittel 77. A. M. Bennecke 794; Meves H. H. II, 477; teilweise auch Löwe 6c; Stenglein 5 zu § 481; Binding Grdr. 282; v. Kries 760; Ullmann 643, welche nur die Vollstreckung der rechtskräftigen Einsatzstrafe zulassen wollen.

[25]) Oben S. 397.

[26]) Z. B. das Urteil lautete auf Einzelstrafen von 1 Jahr Zuchthaus und 3 Monaten Gefängnis und statt deren auf eine Gesamtstrafe von 1 Jahr 1 Monat Zuchthaus; angefochten ist nur die 1jährige Zuchthausstrafe. Wird das Rechtsmittel später verworfen, so verschwindet nunmehr die 3monatliche Gefängnisstrafe und es muss die Gesamtzuchthausstrafe vollstreckt werden.

[27]) Vgl. dazu Olshausen 19 zu § 79 St.G.B.

[28]) Oben S. 592.

[29]) So Voitus Kontroversen II, 42, Isenbart 2 zu § 481. A. M. Löwe 4; Keller 3; Puchelt 2; Stenglein 4 zu § 481; v. Schwarze H. H. II, 246; v. Kries 760; Ullmann 644; Bennecke 793 Anm. 25. Eine vermittelnde Ansicht vertreten Dalcke 4 zu § 481; Meves H. H. II, 477.

[30]) Oben S. 440.

die eine von mehreren verhängten Massnahmen rechtskräftig geworden ist, z. B. in dem Falle, dass der Angeklagte nur wegen der Kosten oder nur wegen einer ausgesprochenen Einziehung oder Busse oder der Überweisung an die Landespolizeibehörde ein Rechtsmittel eingelegt hat. Die rechtskräftig gewordenen Stücke des Urteils können hier ohne Rücksicht auf die weitere Gestaltung des Prozesses vollstreckt werden[31]).

VIII. Eine vorläufige, also vor Rechtskraft eintretende Vollstreckbarkeit ist dem Strafprozessrecht im Gegensatz zur C.P.O. unbekannt.

Nur gestatten §§ 360, 386 St.P.O. ausnahmsweise in dem Falle, dass eine Berufung oder Revision vom *judex a quo* als unzulässig verworfen ist, eine Vollstreckung schon vor Erledigung des Antrages auf Entscheidung des Rechtsmittelgerichts, also vor Eintritt der Rechtskraft[32]).

Auch ist schon vor dem Vorliegen eines vollstreckbaren Titels eine Vollstreckungssicherung durch Vermögensbeschlagnahme zulässig, wenn es sich um eine zu erwartende Geldstrafe handelt, und der Beschuldigte abwesend ist, §§ 325, 326, 480 St.P.O., § 140 St.G.B., unten § 151.

IX. Es giebt Umstände, die die Strafvollstreckung hemmen (Strafaufschubsgründe):

1. Bei Geisteskrankheit des Verurteilten darf die Todes- oder eine Freiheitsstrafe, bei Schwangerschaft darf die Todesstrafe, bei Krankheiten, die im Falle der Strafvollstreckung eine nahe Lebensgefahr für den Verurteilten herbeiführen würden, darf eine Freiheitsstrafe nicht vollstreckt werden, §§ 485, Abs. 2, 487 Abs. 1 und 2 St.P.O.

In diesen Fällen hat der Verurteilte ein Recht auf Aussetzung der Strafvollstreckung.

2. Ausserdem kann

a) eine Freiheitsstrafvollstreckung aufgeschoben werden, wenn der körperliche Zustand des Verurteilten dies im Hinblick auf die Einrichtung der Strafanstalt geboten erscheinen lässt; § 487 Abs. 3 St.P.O., und

b) auf Antrag des Verurteilten kann die Vollstreckung von Strafen aller Art[33]) auf höchstens 4 Monate[34]) unter Bedingungen oder unbedingt aufgeschoben werden,

[31]) Ullmann 643; Löwe 6a; Dalcke 5; Puchelt 2; Thilo 1 zu § 481; Voitus Kontroversen II, 29. A. M. Bennecke 793 Anm. 24; Stenglein 6; Keller 3; Bomhard-Koller 3; v. Schwarze 2 zu § 481.

[32]) Vgl. oben S. 406 Anm. 5; Bennecke 792 Anm 19. Strafaufschub kann dabei nur nach Massgabe der allgemeinen Bestimmungen durch die Strafvollstreckungsbehörde gewährt werden (unten IX), nicht durch das Gericht, Bennecke 737 Anm. 23; Löwe 9a; Stenglein 6; Keller 8; Puchelt 4; Dalcke 6; Voitus 3 zu § 360 und Kontroversen I, 90; Kronecker, G.A. XXXVIII, 130. A. M. Geyer 806; v. Bomhard-Koller 4; v. Schwarze 3 zu § 360 und H. H. II, 271.

[33]) Bennecke 800 Anm. 30 (wohl auch Löwe 1 zu § 487) bezieht den § 488 wegen seiner Stellung nur auf Freiheitsstrafen. Die Praxis wendet ihn auch auf Vermögensstrafen an. Bei dem Grundgedanken des § 488 ist letzterer Auffassung beizupflichten.

[34]) Darüber hinaus kann nur im Wege der Gnade Aufschub bewilligt werden.



sofern durch die sofortige Vollstreckung dem Verurteilten oder seiner Familie erhebliche, ausserhalb des Strafzwecks liegende Nachteile erwachsen würden, § 488 St.P.O.

Tritt einer der Hemmungsgründe ein, nachdem schon ein Teil der Strafe vollstreckt ist, so kommt es zu einer Unterbrechung des Vollzuges, einer Teilung der Strafe.

X. Das Strafvollstreckungsrecht erlischt mit der Durchführung der Strafvollstreckung, aber auch durch die sogenannte Vollstreckungsverjährung[85]), St.G.B. §§ 66, 70—72.

Die Vollstreckungsverjährung läuft von dem Tage der Rechtskraft des Urteils ab. Die Verjährungsfristen sind natürlich länger als bei der Verfolgungsverjährung; sie belaufen sich auf 30 Jahre, 20 Jahre, 15 Jahre, 10 Jahre, 5 Jahre, 2 Jahre, nach näherer Massgabe des § 70 St.G.B., doch verjährt die Vollstreckung einer wegen derselben Handlung neben einer Freiheitsstrafe erkannten Geldstrafe nicht früher, als die Vollstreckung der Freiheitsstrafe, § 71.

Unterbrochen wird die Vollstreckungsverjährung durch jede auf Vollstreckung der Strafe gerichtete[86]) Handlung der Strafvollstreckungsbehörde (nicht der Vollzugsbehörden als solcher), sowie durch die zum Zwecke der Vollstreckung erfolgte Festnahme des Verurteilten.

Ein Ruhen der Vollstreckungsverjährung kennt das St.G.B. nicht.

XI. Für die Ausübung der Strafvollstreckung ist formelle Grundlage eine von dem Gerichtsschreiber zu erteilende, mit der Bescheinigung der Vollstreckbarkeit versehene beglaubigte Abschrift der Urteilsformel, § 483 St.P.O. Keine Behörde darf ohne solchen Nachweis des Vollstreckungstitels zur Ausführung der Vollstreckung schreiten[87]).

---

[85]) Zwar ist der Grundgedanke der Verjährung der, dass die Strafe selbst durch den Zeitablauf unstatthaft werde, und deshalb wird man nicht umhin können, die Strafverfolgungsverjährung dem materiellen Strafrecht zuzuweisen, oben § 62, II, 2d. Dagegen ist die Ausgestaltung der Vollstreckungsverjährung jenem Grundgedanken zum Trotz so durchaus prozessual, dass man sie unmöglich als materiellrechtlichen Strafaufhebungsgrund konstruieren kann (wäre sie ein Strafaufhebungsgrund, so könnte mann sich z. B. der Konsequenz nicht entziehen, wegen des Zeitablaufs als einer „neuen Thatsache" die Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 399 5 St.P.O. behufs Freisprechung zulassen). Natürlich stellt die Vollstreckungsverjährung nicht einen Umstand dar, der das Klagerecht aufhebt; denn dieses ist ja schon durch die Rechtskraft des Urteils beseitigt. Wohl aber muss man das Strafvollstreckungsrecht als durch Verjährung getilgt auffassen.

[86]) Also nicht schon durch Handlungen, die irgendwie die Vollstreckung betreffen, Kammergericht G.A. XLIII. 132.

[87]) Also auch der Gerichtsvollzieher nicht, insoweit er Vermögensstrafen etc. eintreiben will. Dagegen ist im Strafprozess (anders als im Civilprozess) nirgends vorgeschrieben, dass die Vollzugsbehörde sich dem Exequenden gegenüber durch Vorweisung des Titels ausweisen müsse. Auch bei Beitreibung einer Geldstrafe ist

Einer „Bestätigung" durch ein anderes Staatsorgan bedürfen die Urteile nicht[38]), auch Todesurteile nicht, § 485 St.P.O.

Dagegen hängt die Vollstreckbarkeit der Todesstrafe von der Entschliessung des Gnadenausübungsberechtigten, der Gerechtigkeit freien Lauf lassen zu wollen, ab, § 485 St.P.O.

XII. Die Strafvollstreckungsbehörde ist lediglich berufen, den Urteilsinhalt in die Wirklichkeit umzusetzen und dabei über das Wie, Wo, Wann zu entscheiden. In diesen Funktionskreis können die Gerichte als solche in keiner Weise eingreifen[39]). Aber das Strafvollstreckungsstadium erzeugt unter Umständen die Notwendigkeit erneuter gerichtlicher Entscheidungen.

Das Gericht hat nämlich zu entscheiden

1. über das Bestehen oder Nichtbestehen und die Ausübbarkeit des Vollstreckungsrechts. So hat es zu entscheiden über „Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Strafvollstreckung", § 490 Abs. 1, und über Einwendungen, die nach Massgabe des § 487 St.P.O. (oben IX) gegen die Ablehnung eines Antrags auf Aufschub der Strafvollstreckung erhoben werden, § 490 Abs. 2 St.P.O. Ferner gehört hierher die Feststellung des Inhalts des Vollstreckungsrechts; das Gericht hat zu entscheiden, „wenn über die Auslegung eines Strafurteils oder über die Berechnung der erkannten Strafe Zweifel entstehen", § 490 Abs. 1 St.P.O.; einen Sonderfall der Feststellung der Strafberechnung regelt § 493 St.P.O.

Der Fortgang der Vollstreckung wird durch die Anrufung des Gerichts nicht gehemmt; das Gericht kann aber einen Aufschub oder eine Unterbrechung der Vollstreckung anordnen, § 490 Abs. 3 St.P.O.

2. Nur das Gericht kann das Urteil ergänzen, insoweit solche Ergänzung überhaupt statthaft ist[40]), d. i. insoweit es sich handelt um die nachträgliche Substitution einer Freiheitsstrafe für die uneinbringliche Geldstrafe, § 491 St.P.O.

---

nicht etwa § 755 (früher 676) C.P.O. analog hierher zu übertragen; denn es ist kein Grund vorhanden, der für solche Bevorzugung der Geldstrafe spräche Ebenso Bennecke 803 Anm. 47; vgl. auch Löwe 3 zu § 495. A. M. Ötker 636. Vgl. unten § 140 III.

[38]) Anders im Militärstrafprozess, vgl. R.M.St.G.O. §§ 416 ff.

[39]) Einwendungen gegen die Art und Weise der Vollstreckung können also nur bei der Strafvollstreckungsbehörde selbst oder im Dienstbeschwerdewege geltend gemacht werden.

[40]) Vgl. oben S. 209.



3. Nur das Gericht kann das Urteil beseitigen. Regulär ist natürlich mit eingetretener Rechtskraft kein Gericht mehr in der Lage, das Urteil aufzuheben[41]). Aber eine Ausnahme gilt für den Fall, dass mehrere rechtskräftige Urteile gegen einen Angeklagten ergangen sind ohne Berücksichtigung der Vorschriften des St.G.B. über die Gesamtstrafe (§ 79 St.G.B.)[42]). Solchenfalls ist noch nachträglich durch Beschluss eine Gesamtstrafe zu bilden[43]), womit die Urteile, wiewohl sie inhaltlich in dem Beschlusse fortleben, formell ihre Wirksamkeit verlieren, und der Beschluss als Vollstreckungstitel an ihre Stelle tritt, § 492 St.P.O.

Zuständig ist für diese Entscheidungen ad 1—3 das Gericht erster Instanz[44]), § 494 Abs. 1 St.P.O. Auch in dem Falle 3 ist immer die erste Instanz zuständig, mögen auch die Einzelstrafen erst in höherer Instanz verhängt sein. Ist die hiernach zuständige erste Instanz nicht für alle in Betracht kommenden Urteile ein und dasselbe Gericht, so entscheidet

a) das Reichsgericht, wenn es mit irgend einem der Urteile als erste Instanz beteiligt ist;

b) sonst dasjenige Gericht, das (sei es durch eigenes Urteil, sei es durch ein in einer Rechtsmittelinstanz ergangenes Urteil) mit der Einsatzstrafe beteiligt ist; würden hiernach mehrere Gerichte zuständig sein, so wird der Beschluss von dem Gericht gefasst, dessen Urteil zuletzt ergangen ist, § 494 Abs. 3 St.P.O.

Die Entscheidungen ad 1—3 ergehen ohne mündliche Verhandlung, aber nachdem der Staatsanwaltschaft und dem Verurteilten Gelegenheit zur Äusserung gegeben ist, § 494 Abs. 1, 2. Gegen sie ist, ausser wenn sie vom Reichsgericht erlassen sind, sofortige Beschwerde an das im Instanzenzuge vorgesetzte Gericht gegeben, § 494 Abs. 4.

---

[41]) Oben § 98.

[42]) Vgl. oben S. 394.

[43]) Ob die Voraussetzungen einer solchen vorliegen, hat das Gericht selbständig zu prüfen. Gegenteilige irrige Ausführungen in einem der Urteile (oder allen) binden ihn nicht. So mit Recht v. Kries 764 gegen die Motive, denen sich Löwe 2 zu § 492 und Bennecke 798 Anm. 18 anschliessen.

[44]) Und zwar in der Besetzung, die das Gesetz für das erkennende Gericht ausserhalb der Hauptverhandlung vorschreibt, vgl. G.V.G. §§ 30 Abs. 2, 77 Satz 1, 82 Satz 2; bei dem Reichsgericht entscheiden der vereinigte 2. und 3. Strafsenat, G.V.G. § 138 Abs. 2, denn der 1. Strafsenat ist nach § 138 Abs. 1 G.V.G. nur beschliessendes Gericht. Ebenso Löwe 1; Puchelt 3 zu § 494; v. Kries 765; Ullmann 648 Anm. 1. A. M. Bennecke 796 Anm. 7; Keller 2; Stenglein 1 zu § 494.

## § 140.

### 2. Die Vollstreckung der einzelnen Strafarten.

Über die Vollstreckung der einzelnen Strafarten bestimmt das Gesetz folgendes:

I. Die Todesstrafe wird durch Enthauptung vollstreckt, St.G.B. § 13; wegen militärischer Delikte, auch wenn sie von den Civilstrafgerichten erkannt ist, durch Erschiessen, M.St.G.B. § 14[1]). Die Enthauptung erfolgt *intra muros* (Intramuranhinrichtung), § 486 Abs. 1 St.P.O.

Die Leitung des — durch den Scharfrichter[2]) auszuführenden — Hinrichtungsaktes liegt in den Händen eines staatsanwaltschaftlichen Beamten; zugegen müssen sein: zwei Mitglieder des Gerichts erster Instanz, ein Gerichtsschreiber und ein Gefängnisbeamter. Der Zutritt muss ferner einem Geistlichen von dem Religionsbekenntnis des Verurteilten und dem Verteidiger gestattet werden. Es sollen ferner zwölf, der Gemeindevertretung oder wenigstens der Gemeinde angehörige, achtbare Personen dabei sein, die der hierzu aufzufordernde Gemeindevorstand des Hinrichtungsortes abzuordnen hat. Ob noch andere Personen der Hinrichtung beiwohnen dürfen (z. B. Ärzte zum Zwecke physiologischer Beobachtungen), entscheidet der leitende Beamte nach seinem Ermessen.

Über den Hergang ist ein Protokoll aufzunehmen, das der leitende Beamte und der Gerichtsschreiber zu unterzeichnen haben. Der Leichnam des Hingerichteten ist dessen Angehörigen auf ihr Verlangen zur einfachen, unfeierlichen Beerdigung zu übergeben, § 486 St.P.O.

II. Die Vollstreckung der Freiheitsstrafen beginnt, soweit der Verurteilte sich auf freiem Fusse befindet, regelrecht durch Ladung zum Strafantritt (Verbalcitation). Gegen denjenigen, der sich daraufhin nicht stellt, kann die Strafvollstreckungsbehörde einen Vorführungs- oder Haftbefehl erlassen (Realcitation). Bei Fluchtverdacht kann sofort ohne vorherige Ladung zur Realcitation geschritten werden. Gegen flüchtige oder latitierende Verurteilte kann die Strafvollstreckungsbehörde[3]) Steckbriefe erlassen, § 489 St.P.O.

Anzurechnen ist auf die zu vollstreckende Freiheitsstrafe

1. die Untersuchungshaft, die der Verurteilte seit dem Zeitpunkt, in welchem die relative Rechtskraft zu seinen Gunsten

---

[1]) Die Bestimmung dieses § 14 über die Vollstreckung der Todesstrafe im Felde gehört nicht hierher, da sie für die Civilstrafvollstreckung nicht in Betracht kommt. Dagegen ist noch hinzuweisen auf § 454 M.St.G.O., wonach die Civilstrafvollstreckungsbehörde die durch Enthauptung zu vollziehende Todesstrafe auch dann zu vollstrecken hat, wenn sie vom Militärgericht erkannt ist.

[2]) Vgl. dazu Birkmeyer 268.

[3]) Gegen Entsprungene auch die Polizeibehörde, § 131 St.P.O.

eingetreten ist[4]), erlitten hat, § 482 St.P.O[5]), und zwar so, dass jeder Tag Untersuchungshaft einem Tage der Freiheitsstrafe, gleichviel, welcher Art sie ist, gleichgeachtet wird, nicht so, dass etwa eine Umrechnung nach § 21 St.G.B. einträte[6]).

Diese Bestimmung beruht auf der Erwägung, dass, wenn der Angeklagte seinerseits das Urteil rechtskräftig werden lässt, die Verhinderung alsbaldiger Strafvollstreckung und die dadurch bedingte Verlängerung der Untersuchungshaft nicht am Angeklagten liegen[7]).

Nur die Untersuchungshaft in derselben Sache aber kommt zur Anrechnung[8]). Befand sich der Angeklagte wegen mehrerer Sachen in Untersuchungshaft, so kann zwar in der einen Sache unter Unterbrechung der Untersuchungshaft zum Strafvollzug geschritten werden; geschieht dies aber nicht, so verbleibt der Angeklagte lediglich in Untersuchungshaft (für die späteren Sachen), und eine Anrechnung der letzteren auf die zu verbüssende Strafe ist erst von dem Zeitpunkt ab möglich, in dem das letzte Urteil relative Rechtskraft erlangt hat[9]).

Anzurechnen ist ferner

2. die Zeit, die der Verurteilte in einer Krankenstation der Strafanstalt verbracht hat. Das Gesetz geht aber noch weiter: nach § 493 St.P.O. ist auch die Dauer des Aufenthalts in einer von der Strafanstalt getrennten Krankenanstalt, in die der Verurteilte nach Beginn der Vollstreckung wegen Krankheit gebracht worden ist, in die Strafzeit einzurechnen (vorausgesetzt, dass die Strafvollstreckungsbehörde nicht ausdrücklich bestimmt hat, dass die Vollstreckung unterbrochen sein solle). Doch fällt diese Anrechnung weg, wenn der Verurteilte die Krankheit selbst herbeigeführt hat, um die Strafvollstreckung zu unterbrechen.

Im übrigen richtet sich die Vollstreckung der Freiheitsstrafe nach Landesrecht[10]).

---

[4]) Oben S. 406.

[5]) Etwas Anderes ist die durch St.G.B. § 60 dem Richter erlaubte Anrechnung der vor der Urteilsfällung erlittenen Untersuchungshaft.

[6]) Bennecke 801; Löwe 7; Stenglein 2 zu § 482.

[7]) Auf den Fall, dass der Angeklagte ein Rechtsmittel einlegt, das zu Verhängung einer geringeren Strafe führt, kann § 482 St.P.O. deshalb nicht erstreckt werden; die Untersuchungshaft während des Rechtsmittelverfahrens ist in solchem Falle nicht anzurechnen. A. M. Binding, Grdr. 284.

[8]) R. II, 456. Irrtümlich a. M. O.L.G. Kiel, G.A. XLI, 304.

[9]) Ellendt, G.A. XXXIX, 272. A. M. O.L.G. Königsberg, G.A. XXXIX, 273; Löwe 8 zu § 482.

[10]) Für Preussen vgl. unter Anderem Gefängnisordnung für die Justizgefängnisse vom 21. Dezember 1898 (J.M.Bl. 1898, 292), abgedruckt in Z. XIX, 443, kommentiert von Dalcke. Beachtenswert die Darstellung bei Birkmeyer 757 ff.

III. Vermögensstrafen werden zufolge des § 495 St.P.O. im Wege der civilprozessualen Zwangsvollstreckung, also mit Hülfe des Gerichtsvollziehers bezw. des Vollstreckungsgerichts, beigetrieben, sofern sie nicht auf die erfolgte Aufforderung hin gutwillig entrichtet werden. Die civilprozessualen Vollstreckungsorgane treten aber, wie nicht streitig ist, nicht an die Stelle der Strafvollstreckungsbehörde, letztere bleibt vielmehr Strafvollstreckungsorgan, jene dagegen werden nur „Strafvollzugsorgane“ [11]). Daraus ergiebt sich auch der Umfang, in dem die Sätze der C.P.O. über die Zwangsvollstreckung Anwendung finden: Die Strafvollzugsbehörde selbst richtet sich in ihrem Handeln lediglich nach der C.P.O. [12]); dagegen bleiben die allgemeinen strafprozessualen Bestimmungen darüber, welche Voraussetzungen für die Vollstreckung notwendig und ausreichend sind, sowie welche Rechtsbehelfe gegen die Vollzugsakte gegeben sind, kurz über alles, was ausserhalb des Strafvollzugs selbst liegt, auch für die Vermögensstrafen massgebend, und es treten nicht etwa die Bestimmungen der C.P.O. hierfür in Geltung [13]).

Für die Vollstreckung von Geldstrafen in den Nachlass (St.G.B § 30) gelten dieselben Sätze wie für die Vollstreckung von Geldstrafen überhaupt [14]).

IV. Über die Vollstreckung des Verweises sind Sonderbestimmungen nicht vorhanden. Deshalb muss angenommen werden,

---

[11]) Ötker 637.

[12]) Es erfolgt z. B. die Vollstreckung in körperliche bewegliche Sachen durch den Gerichtsvollzieher im Wege der Pfändung; in Forderungen durch das Vollstreckungsgericht im Wege der Pfändung und Überweisung. Ebenso ist die C.P.O. massgebend für die Durchführung der Vollstreckung, daher kann es z. B. auch zum Offenbarungsverfahren nach §§ 807, 883, 899 ff. (früher §§ 710, 769, 780 ff.) C.P.O. in der Strafvollstreckung kommen, aber auch nur unter den Voraussetzungen, wie sie die C.P.O. aufstellt, vgl. v. Hassel, Magazin für das deutsche Recht der Gegenwart V, 35.

[13]) So im wesentlichen die Auffassung der preussischen Geschäftsanweisung für die Gerichtsvollzieher vom 24. Juli 1879, ferner Löwe 3 zu § 495; Bennecke 802; Ötker 637; Binding, Grdr. 284; Meves, H. H. II, 489; v. Kries 768; Birkmeyer 760, bei denen sich auch Einzelheiten besprochen finden. Die Gegenansicht, vertreten vom Reichsgericht, Entscheidungen in Civilsachen I, 233; Jastrow, G.A. XXXIII, 29; Puchelt 3; Stenglein 2; Keller 3 zu § 495; Immler, G.A. XXXIII, 162; in der Hauptsache auch von Falkmann, Die Zwangsvollstreckung, 2. Aufl., 85, will dagegen das civilprozessuale Zwangsvollstreckungsrecht in Pausch und Bogen hierher übertragen. Danach wäre z. B. eine mit der Vollstreckungsklausel versehene Urteilsausfertigung erforderlich, die Vollstreckung könnte nur nach oder in Verbindung mit Zustellung des vollstreckbaren Titels beginnen; Einwendungen im Vollstreckungsverfahren würden nach Massgabe des § 766 (früher 685) C.P.O. zulässig sein u. s. w. Nach der im Text vertretenen Ansicht sind diese Sätze nicht haltbar.

[14]) Abweichend Ötker 636.

dass er durch die Strafvollstreckungsbehörde (Staatsanwaltschaft, eventuell Amtsrichter), nicht etwa prinzipiell durch das Gericht als solches vollstreckt wird[15]). Meist erfolgt die Vollstreckung mündlich. Schriftliche Vollstreckung ist nicht unzulässig, aber kaum sachgemäss[16]).

V. Über die Vollstreckung der Nebenstrafen und der begleitenden Straffolgen der Hauptstrafen (Verlust der Orden und Ehrenzeichen u.s.w.) sind Sonderbestimmungen nicht gegeben. Das Gleiche gilt für die ausserkriminellen Nebenmassregeln (Überweisung an die Landespolizeibehörde u. s. w.) abgesehen von der Bestimmung, dass die Busse, wie naturgemäss, nach den Vorschriften der C.P.O. beigetrieben wird[17]), § 495 St.P.O.[18]). Hier greifen eventuell die Reglements der Landesjustizverwaltung ein.

Für die im Urteil ausgesprochenen administrativen Massregeln speziell greift die Exekutivthätigkeit der Verwaltungs- (Polizei- u. s. w.) Organe ein; so auch u. A. für die Verwirklichung der Einziehung und Unbrauchbarmachung[19]).

---

[15]) Bennecke 801; Frank II, 3 zu § 57; E. XXIII, 403; Löwe 3b zu Buch 7 Abschn. 1 St.P.O.; v. Liszt § 64 II; H. Meyer § 51 II; Ullmann 641; Geyer 895; Meves, H. H. II, 490. A. M. Binding, Grdr. 280, Handb. I, 858; Birkmeyer 753, 761; Ötker 635, letzterer ausgehend von der Trennung zwischen Strafvollzug und Strafvollstreckung. Wenn Ötker weiter die historische Tradition dafür anruft, dass der Verweis durch den Richter vollstreckt werde, so ist dies Argument deshalb nicht beweiskräftig, weil eben der Richter früher auch die Strafvollstreckung hatte. Eine Mittelmeinung vertreten Dochow, H.R.Lex. „Verweis"; Olshausen 16 zu § 57 St.G.B.; v. Kries 769. Eine andere Frage ist die, ob die Strafvollstreckungsbehörde immer selbst den Verweis erteilen müsse. Diese Frage ist mit Rücksicht auf das oben über den Strafvollzug Gesagte zu verneinen. Ganz unrichtig Rintelen § 79, 4: einer besonderen Vollstreckung bedürfe es überhaupt nicht, da der Verweis im Urteil selbst liege!

[16]) Für Elsass-Lothringen entscheidet hierüber richterliches Ermessen, E.St.G.B. für Elsass-Lothringen Art. XII.

[17]) Vollstreckungsberechtigter ist hier natürlich der Busskläger und seine Erben.

[18]) Die civilrechtliche Natur des Bussanspruchs in Verbindung mit dem Umstande, dass hier der Vollstreckungsberechtigte ein Privater ist, und die Strafvollstreckungsorgane mit der Sache gar nichts zu thun haben, führt hinsichtlich des Bussanspruchs (anders als hinsichtlich des Geldstrafanspruchs, oben S. 624) zu der unbeschränkten Anwendung der Sätze der C.P.O.; nach der C.P.O. richtet sich sonach auch die Zwangsvollstreckung gegen die Erben des Verurteilten. Meist wird gelehrt, § 30 St.P.O. sei analog auf die Busse anzuwenden; so Bennecke 668; Löwe 8; Stenglein 7 zu § 444. Der Analogie bedarf es aber gar nicht.

[19]) Nicht zutreffend Falkmann, Zwangsvollstreckung, 2. Aufl., 88, der auf die Einziehung den § 495 St.P.O. — oben S. 624 — anwenden will, soweit es sich um Sachen handelt, die dem Thäter gehören, während gegen Dritte Civilklage erhoben werden müsse.

## B. Die besonderen Arten des Verfahrens.

### I. Privat- und Nebenklageverfahren.

#### 1. Privat- und Neben-Strafklage.

#### a) Das Privatklageverfahren.

#### § 141.

##### α. Allgemeines; Privatkläger und Staatsanwaltschaft.

I. Von dem Grundsatz, dass nur die öffentliche Klage, Staatsklage, die Strafjustiz auszulösen vermag, macht die St.P.O. zu Gunsten der „Privatklage" Ausnahmen beschränkten Umfangs[1]). Die Zulassung dieser Ausnahmen hat aber zur weiteren Folge eine besondere Gestaltung des Verfahrens auf erhobene Privatklage, wenn auch im allgemeinen für das Privatklageverfahren dieselben Sätze gelten, wie für das Staatsklageverfahren, § 424 Abs. 1 St.P.O.

Den Gegenstand des Privatklageverfahrens bildet nicht ein privater Anspruch, sondern ein staatlicher Strafanspruch bestimmter Art, nicht anders als im Verfahren auf öffentliche Klage, und zwar so, dass jeder im Privatklageverfahren verfolgbare Strafanspruch auch durch öffentliche Klage, dagegen nicht jeder durch öffentliche Klage verfolgbare Strafanspruch auch durch Privatklage geltend gemacht werden kann. Privatklage kann nämlich nur wegen der nur auf Antrag verfolgbaren Beleidigungen, Körperverletzungen[2]), sowie Handlungen unlauteren Wettbewerbs erhoben werden, St.P.O. §§ 414, Gesetz vom 27. Mai 1896 § 12.

In allen diesen Fällen ist korreal mit dem Privatklageberechtigten auch der Staat klageberechtigt[3]). Doch ist die Staatsanwaltschaft gehalten, nur dann ihrerseits Klage zu erheben, wenn dies im öffentlichen Interesse liegt, St.P.O. § 416, Reichsgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, § 12[4]).

---

[1]) Vgl. oben § 62 I g. E.

[2]) Hierher gehören St.G.B. §§ 185—187, 103—104 (so Bennecke 630 Anm. 5; Dochow H. H. II, 356; Stenglein 2 zu § 414 und in G.S. XXXV, 274; Oppenheim Nebenklage 18; v. Kries 203; Süss, Stellung der Parteien 57 Anm. 13; a. M. Löwe 2a zu § 414; Binding 102; Birkmeyer 322), ferner §§ 223, 230 Abs. 1; dagegen nicht § 189 (so Binding 102; a. M. Bennecke 630; Löwe 2a zu § 414), §§ 99, 101.

[3]) Vgl. oben S. 222.

[4]) Vgl. oben S. 277, vgl. dazu S. 279 bei Anm. 29. Ist aber einmal die öffentliche Klage erhoben, so ist später ein Zurückgreifen auf § 416 St.P.O. unmöglich; eine Klagerücknahme ist nur bis zu dem gewöhnlichen Zeitpunkt (oben S. 243) statthaft. Bennecke 634 Anm. 1, E. VI, 310, XI, 128, R. VI, 588. Das Gericht hat überhaupt nicht zu prüfen, ob das öffentliche Interesse die staatsanwaltschaftliche Verfolgung erheischte.

Der Privatkläger seinerseits braucht nicht erst die Staatsanwaltschaft anzurufen, um im Falle der Ablehnung der Strafverfolgung durch diese dann selbst zu klagen, sondern kann die Privatklage sofort erheben: die Privatklage ist primär oder prinzipal, nicht subsidiär.

II. Privatklageberechtigt ist

1. der durch die That „Verletzte" in demselben Sinne, wie in der Lehre vom Strafantrag[5]), § 414 Abs. 1 St.P.O.[6]).

Um das Privatklagerecht selbst ausüben zu können, muss er freilich handlungsfähig (prozessfähig) sein. Privatklagerecht und Privatklagefähigkeit sind streng auseinander zu halten, nicht anders wie Antragsrecht und Antragsfähigkeit[7]). Für den ausübungsunfähigen Berechtigten wird das Recht ausgeübt durch den gesetzlichen Vertreter[8]); bei juristischen Personen und civilprozessual aktiv parteifähigen Vereinen durch dasjenige Organ, das die Civilprozesse für jene zu führen hat § 414 Abs. 3[9]). Privatkläger, also Partei, ist hier nicht der gesetzliche Vertreter bezw. das Organ, sondern der Verletzte selbst. Das ist von Wichtigkeit z. B. für den Wechsel in der Vertreter- bezw. organschaftlichen Stellung: ein solcher hindert den Fortgang des Prozesses nicht, es tritt einfach der neue Vertreter bezw. das neue Organ bezw. der klagefähig gewordene Vertretene selbst[10]) ein, wohingegen ein Wechsel in der Person des Klägers selbst nicht vorkommen kann[11]).

---

[5]) Oben S. 225.

[6]) In den Fällen des § 4 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb sind privatklageberechtigt: jeder Gewerbetreibende, der Waren oder Leistungen gleicher oder verwandter Art herstellt oder in den geschäftlichen Verkehr bringt, sowie die in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten aktiv parteifähigen Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen, Gesetz § 12 verbunden mit § 1 Abs. 1. Der Kreis der berechtigten Personen ist hiernach sehr weit gezogen. Dennoch geht es zu weit, wenn Binding Grdr. 103 hier von „beschränkter Popularklage" spricht. Das Gesetz geht aus davon, dass alle jene Personen verletzt seien. Vgl. oben § 65 Anm. 1.

[7]) Oben § 65 II.

[8]) Es ist somit der 18—20-Jährige, obwohl er selbständig Strafanträge stellen kann, doch nicht privatklageausübungsfähig.

[9]) § 414 Abs. 3 gab ein Argument dafür, dass nach Auffassung des Reichsrechts juristische Personen beleidigt werden können; Bennecke 631 Anm. 9, vgl. v. Kries 204; Olshausen zu § 185 St.G.B. A. M. Löwe 6 zu § 414. Jetzt kommen für § 414 Abs. 3 auch die durch unlauteren Wettbewerb geschädigten Korporationen u. s. w. in Betracht.

[10]) Wird also der Minderjährige während des Prozesses grossjährig, in dem er Privatkläger war, so scheidet der Vormund u. s. w. gänzlich aus. A. M. Bennecke 631 Anm. 11. Hatte freilich der Vormund u. s. w. kraft eigenen Rechts geklagt (s. im Text sub II 2), so ändert das Grossjährigwerden u. s. w. an seinem Klagerecht und seiner Parteistellung nichts. v. Kries 205, vgl. oben S. 226 unten — 227.

[11]) Ausser im Falle des § 433 Abs. 2 St.P.O., unten § 143.

2. Privatklageberechtigt ist aber auch jeder selbständig neben dem Verletzten Strafantragsberechtigte[12]).

Es ist mithin möglich, dass wegen einer und derselben That mehrere Personen privatklageberechtigt sind, sei es dass die That mehrere Personen verletzt, sei es dass ausser dem Verletzten ein Berechtigter ad 2 oder eine Mehrheit von solchen vorhanden ist. Die Klagerechte stehen alsdann im Verhältnis der Korrealität, jeder Berechtigte kann isoliert ohne Rücksicht auf die anderen klagen, § 415 Abs. 1 St.P.O. Da freilich der Prozessgegenstand bei allen diesen Klagerechten derselbe ist, nämlich der staatliche Strafanspruch wegen der That, so verwandeln sich, wenn eins der Klagerechte geltend gemacht worden ist, die übrigen Klagerechte formell in Rechte zum streitgenössischen Beitritt zu dem Verfahren[13]), § 415 Abs. 2, auf solange, als die erste Klage aufrecht erhalten bleibt. Dies ist im Grunde genommen eine Konsequenz der durch die Klageerhebung eingetretenen Rechtshängigkeit[14]). Damit geht Hand in Hand auch, dass während schwebenden Privatklageverfahrens das Gericht sich auch auf eine von der Staatsanwaltschaft bezüglich derselben Strafsache erhobene öffentliche Klage nicht einzulassen braucht.[15]).

Der Beigetretene ist Mitkläger, Streitgenosse mit allen Rechten eines Privatklägers, nicht etwa bloss Nebenkläger. Der als erster Kläger Aufgetretene hat keine führende Stellung. Nur bewirkt der Beitritt natürlich nicht eine Zurückwerfung des Prozesses in ein früheres Stadium. Der Beitretende kann zwar in jeder Lage des Verfahrens noch eintreten, auch noch in höheren Instanzen, muss aber den Prozess so annehmen, wie er gerade liegt.

Die mehreren Streitgenossen stehen einander völlig selbständig gegenüber, die Handlungen des einzelnen Streitgenossen wirken nur auf das zwischen ihm selbst und dem Beschuldigten bestehende Prozessverhältnis ein. Nimmt also z. B. der zuerst aufgetretene Privatkläger

---

[12]) Oben § 65 I b — f.

[13]) Die Verwandlung ist freilich nur eine äusserliche; das Beitrittsrecht ist seinem Wesen nach doch auch ein Klagerecht. Würde daher der bloss „Beitritts"-berechtigte dennoch eine selbständige Klage erheben und auf diese hin ein rechtskräftiges Urteil ergehen, bevor auf die erstanhängige Klage hin ein solches ergangen war, so würde sich die Gültigkeit jenes Urteils nicht bezweifeln lassen und dem erstanhängig gewordenen Prozess nun gemäss § 415 Abs. 3 die *res judicata* entgegenstehen.

[14]) Oben S. 481.

[15]) E. III, 362; Bennecke 632 Anm. 13; Glaser II, 207; Ullmann 542; Löwe 3; Stenglein 2 zu § 415.

die Klage zurück, so geht der Prozess zwischen dem ihm Beigetretenen und dem Angeklagten weiter.

III. Der Grundsatz der prozessualen Unteilbarkeit des Strafanspruchs[16]) erleidet durch das Privatklageverfahren eine Durchbrechung, indem das Gericht hier die That nicht durchaus unter allen juristischen Gesichtspunkten würdigen kann.

1. Zwar darf man nicht sagen, dass dem Gericht die Würdigung der That als Staatsklagedelikts verwehrt sei. Vielmehr muss das Privatklagegericht auch prüfen, ob die That ein Staatsklagedelikt (allein oder in idealer Konkurrenz mit einem Antragsdelikt) darstellt, und bejahendenfalles das Privatklageverfahren einstellen, § 429 St.P.O. Das Gericht ist also auch nach dieser Richtung hin mit dem Strafanspruch befasst. Die wichtige Folge daraus ist die, dass jedes Sachurteil im Privatklageverfahren latent eine Freisprechung unter dem Gesichtspunkt aller Staatsklagedelikte enthält, somit nach Rechtskraft die öffentliche Klage wegen der That nicht mehr erhoben werden kann.

2. Wohl aber ist der Horizont des Richters im Privatklageverfahren insofern eingeengt, als er die That in ihrer Eigenschaft als Privatklagedelikt gegen andere Personen als den Privatkläger, bezw. denjenigen, in dessen Sinne der Privatkläger auftritt (§ 414 Abs. 2), nicht würdigen kann[17]). Hat von den mehreren durch dieselbe That beleidigten oder körperlich verletzten Personen A, B, C nur A die Privatklage erhoben, so hat das Gericht gänzlich unbeachtet zu lassen, ob mit der Verletzung des A eine solche gegen B und C ideell konkurriert, selbst wenn B und C rechtsgültig Strafantrag gestellt haben sollten. Das ergiebt sich aus § 415 Abs. 1 und 2 St.P.O.; hier wird das Auftreten der mehreren Personen vorausgesetzt; ein solches hätte bei Annahme der gegenteiligen Meinung wenig Zweck, da danach das Gericht ja schon auf die Klage des Einen hin die That in ihren Beziehungen zu anderen Verletzten würdigen könnte.

Abnormer Weise soll aber gleichwohl nach § 415 Abs. 3 St.P.O jede Sachentscheidung im Privatklageverfahren auch bezüglich der gar nicht geprüften und nicht prüfbaren Qualitäten der That Rechtskraft machen[18]).

---

[16]) Oben § 61 III.

[17]) Ebenso Ötker 629, dessen Ausgangspunkt freilich (Mehrheit von Strafansprüchen bei idealer Konkurrenz) nicht zutrifft, oben S. 205.

[18]) Vgl. E. III. 362, 384, R. III 74, 100, 240; Löwe 2 zu § 415; Birkmeyer 323; v. Kries 206; Glaser, Grünhuts Zeitschrift XII, 331; Bennecke 631 Anm. 12, 633 Anm. 19. — Binding I, 633; Ötker 629; Kohlrausch, Prozessuale Be-

IV. Befristet ist die Privatklage als solche nicht. Etwas anderes ist, dass der erforderliche Strafantrag rechtzeitig gestellt sein muss. Da freilich die Privatklage selbst einen Strafantrag in sich schliesst, so ist eine doppelte Möglichkeit gegeben:

Entweder der Berechtigte hat einen besonderen Strafantrag rechtzeitig gestellt, dann kann die Privatklage noch nach beliebig langer Zeit erhoben werden[19]).

Oder ein besonderer Strafantrag liegt nicht vor, dann ist den Bestimmungen über den Strafantrag Genüge geschehen, wenn die Privatklage innerhalb der Antragsfrist erhoben wird; geschähe das nicht, so würde zwar die Privatklage als solche nicht unzulässig sein, aber sie würde wegen mangelnden Strafantrags nicht zum Ziele führen[20]).

V. Eine besondere Prozessvoraussetzung gilt für diejenigen Beleidigungsklagen, die von dem Kläger gegen einen mit ihm im selben Gemeindebezirk wohnenden Beklagten gerichtet werden (ausser im Falle des § 196 St.G.B.); hier muss der Klageerhebung ein erfolgloser[21]) Sühneversuch vor der durch die Landesjustizverwaltung bestimmten Vergleichsbehörde[22]) vorangegangen sein, § 420 St.P.O.

VI. Wie bei der öffentlichen Klage ist auch bei der Privatklage subjektive und objektive Klagenhäufung statthaft[23]). Auch insofern gilt für die Privatklage nichts Abweichendes, als es auch hier eine notwendige Streitgenossenschaft nicht giebt[24]).

---

handlung der Idealkonkurrenz 65 wollen den § 415 Abs 3 nur auf den Fall beziehen, dass ein Verletzter und ein selbständig neben ihm Klageberechtigter vorhanden sind, nicht auf den Fall des Vorhandenseins mehrerer Verletzten.

[19]) E. III, 373, VIII, 207, R. V, 272; Bennecke 633; Geyer 857; Ullmann 543 Anm. 7; v. Schwarze Erörterungen 39; Löwe 1; Stenglein 1; Puchelt 3 zu § 416; Keller 9 zu § 414; Kronecker Das Recht 1898, 139. A. M. Dochow H.H. II, 359; Dalcke 2 zu § 416; Birkmeyer 327. — Ganz grundlos behauptet Karl Meyer, Das Recht IV, 32, mit der Stellung eines Strafantrages erlösche das Recht, wegen der That Privatklage zu erheben, es seien Antragsrecht und Privatklagerecht nur elektiv gegeben. Davon weiss das Gesetz nichts.

[20]) Löwe 1 zu § 415; Bennecke 633, wohl auch Birkmeyer 326 lassen mit der Strafantragsberechtigung auch das Privatklagerecht erlöschen. Das ist nicht genau.

[21]) Hatte der Sühneversuch zu einem Vergleich der Parteien geführt, so ist damit das Klagerecht des Privatklägers erloschen und das Gericht hat solchenfalls ein Verfahren abzulehnen, oben § 78 a. E.

[22]) In Preussen sind hierzu die Schiedsmänner berufen, Schiedsmannsordnung vom 29. März 1879.

[23]) Und zwar subjektive Klagenhäufung hier auch auf klägerischer Seite: es können mehrere durch eine That Verletzte u. s. w. zusammen klagen.

[24]) Gegen mehrere bei der That Beteiligte ist zwar der Strafantrag unteilbar, aber die Privatklage teilbar. Es ist also weder die Privatklage, die nur

VII. Der Privatkläger steht in dem Verfahren an Stelle des Staates. Er ist aber nicht Vertreter des Staates[25]), sondern vielmehr selbst Partei. Daher hat er grundsätzlich auch die klägerischen Rechte: er ist zuzuziehen und zu hören wie die Staatsanwaltschaft. § 425 St.P.O.

Freilich bleibt er immerhin ein Privater und deshalb gehen ihm die spezifisch behördlichen Funktionen der Staatsanwaltschaft ab: er kann weder autoritativ Ermittelungshandlungen vornehmen, noch hat er etwa die Zwangsbefugnisse der Staatsanwaltschaft; die Polizei steht ihm nicht zu Diensten u. s. w. Ladungsbefugnis hat er nur in derselben Weise, wie der Angeklagte, § 426 St.P.O., (unmittelbare Ladung), Ladungsorgan ist er nicht, § 425 Abs. 2 St.P.O. Das Recht auf Akteneinsicht kann er nur durch seinen Anwalt ausüben, § 425 Abs. 4 St.P.O. Dass er dem Legalitätsprinzip nicht untersteht, sondern nach freiem Belieben die Klage erhebt oder nicht erhebt, ergiebt sich schon daraus, dass es sich bei jenem Prinzip um eine Amtspflicht der Staatsanwaltschaft gegen den Staat handelt, der Privatkläger aber mit letzterem, nicht mit der Staatsanwaltschaft auf einer Linie steht.

Als Privater handelt der Privatkläger im eigenen Interesse, nicht im Staatsinteresse. Er hat also einseitige Parteistellung; eine Pflicht, auf Entlastung des Beschuldigten bedacht zu sein, hat er nicht und ist folgerecht nicht in der Lage, „zu Gunsten“ des Angeklagten Rechtsmittel einzulegen[27]) u. dergl.

Zum Auftreten vor Gericht ist der Privatkläger (bezw. sein gesetzlicher Vertreter oder Organ) grundsätzlich selbst befähigt; es besteht kein Anwaltszwang. Will er sich freilich vertreten lassen oder mit einem Beistand erscheinen, so kann dieser Vertreter bezw. Beistand

---

einen der Thäter herausgreift, zurückzuweisen, noch ist auf sie hin das Verfahren auch gegen die nicht Mitangeklagten zu eröffnen. Ebenso Frank II, 2 zu § 63; Hüppner G.S. XXXVIII, 386; Köhler, Strafantrag 123; Löwe 2c; Stenglein 6 zu § 423; Olshausen 4b zu § 63 St.G.B. A. M. einesteils Bennecke 643; Binding I, 636; Dochow H. H. des Strafrechts IV, 276; Rüdorff-Stenglein 5 zu § 63 St.G.B., anderenteils Kiehl G.A. XXXIV, 61. Vgl. oben § 111 bei Anm. 16, § 68 II 1.

[25]) Dies ist die Konstruktion von Bennecke oben 111, der ausschliesslich den materiellen Parteibegriff zu Grunde legt. Vgl. dagegen oben § 68 III.

[26]) Oben § 68 III. Deshalb kann er nicht als Zeuge vernommen werden. Dagegen kann seine Aussage als Parteiaussage verwertet werden, vgl. oben § 91.

[27]) Bennecke 630 Anm. 3, 646 Anm. 41; Ötker 628; v. Kries 208, 637, Rechtsmittel 47; Lamm, Revision 4; Menzel, Privatklage 105; Ullmann 547 Anm. 1; Thilo 1; Dalcke 1 zu § 430; Freudenstein, System des Rechts der Ehrenkränkungen 184; Kleinfeller G.S. XXXVIII, 606; Oppenheim Nebenklage 66; Binding Grdr. 4. Aufl. 236. A. M. E. XXII, 400; Löwe 2; Stenglein 2; Keller 2; Voitus 1; v. Bomhard 1; Puchelt 2 zu § 430; Binding Grdr. 3. Aufl. 188; Geyer 864; Dochow H. H. II, 362; v. Schwarze H. H. II, 250, Erörterungen 65.

nur ein — schriftlich bevollmächtigter — Rechtsanwalt sein[28]), § 418 St.P.O.[29]).

Der Privatkläger steht einem Kläger im Civilprozess insofern gleich, als er einesteils einer entsprechenden Kautionspflicht unterliegt[30]), andererenteils das Armenrecht bewilligt erhalten kann[31]), § 419 St.P.O. Der Beschuldigte dagegen ist als solcher (anders wenn er als Widerkläger auftritt) einerseits nicht kautionspflichtig, andererseits nicht des Armenrechts teilhaftig.

VIII. Die Staatsanwaltschaft ist zu einer Mitwirkung nicht verpflichtet. Es sind ihr[32]) aber sowohl die Klage, wie auch die anberaumten Termine bekannt zu machen, §§ 422, 417 St.P.O., und sie hat, solange das Verfahren schwebt, eine doppelte Befugnis:

1. Sie kann mitwirken, ohne formell die Parteirolle zu übernehmen, indem sie z. B. in der Hauptverhandlung Anträge stellt.

---

[28]) Dass der vertretende Anwalt bei dem Prozessgericht zugelassen sei, erfordert das Gesetz nicht. — Der beistehende Rechtsanwalt ist nicht Beistand im Sinne des § 149 St.P.O.; Bennecke 638.

[29] An den vertretenden Rechtsanwalt können alsdann auch Zustellungen für den Privatkläger erfolgen § 418 Satz 2.

[30]) Somit hat jeder Privatkläger einen Kostenvorschuss für die der Staatskasse erwachsenden Auslagen und die ihr zukommenden Gebühren zu leisten, G.K.G. §§ 83 ff.; Löwe 1 zu § 419; für die dem Beschuldigten erwachsenden Kosten ist nur der als Privatkläger auftretende Ausländer sicherheitspflichtig, C.P.O. §§ 108 ff., früher §§ 101 ff. Für die Höhe der Kaution und die Frist zu ihrer Leistung gelten nach § 419 Abs. 3 St.P.O. die §§ 112, 113 (früher 104, 105) C.P.O. Nach allgemeiner Annahme soll auch die Wirkung der Nichtleistung der Sicherheit sich nach § 113 C.P.O. bestimmen, es soll also die Klage für zurückgenommen erklärt werden, so z. B. Löwe 2d zu § 419; Bennecke 639 Anm. 29. Dabei entsteht die Kontroverse, ob auf diese „Zurücknahme" die §§ 431, 432 St.P.O. — unten § 143 — Anwendung finden sollen (verneinend Bennecke 639 Anm. 29; Löwe 2d; Stenglein 2 zu § 419, bejahend Glaser II, 210). Aber § 419 spricht nicht generell von dem Verfahren, das mit Bezug auf die Kautionsfrage einzutreten hat, sondern nur von den Voraussetzungen, der Höhe der Kaution und der Frist; müsste doch sonst auch z. B. durch Zwischenurteil über die Kautionspflicht entschieden werden! Man wird deshalb nur annehmen können, dass bei Nichtleistung der Kaution das Gericht einfach dem Verfahren keinen Fortgang giebt, sondern die Sache liegen lässt, ganz wie bei Nichtleistung des Kostenvorschusses nach G.K.G. § 85 Abs. 5.

[31]) Die Bewilligung regelt sich — § 419 Abs. 3 St.P.O. — nach §§ 114 ff. (früher 106 ff.) C.P.O.

[32]) D. h. der Staatsanwaltschaft desjenigen Gerichts, bei dem die Privatklage z. Z. schwebt, also in erster Instanz regelmässig der Amtsanwaltschaft. Doch gestattet die Organisation der Staatsanwaltschaft auch, dass die Landesjustizverwaltung andere staatsanwaltschaftliche Behörden mit den betreffenden Funktionen betraut. So ist nach der preussischen Geschäftsordnung für Amtsanwälte vom 28. August 1879, Art. 90, die Privatklageschrift der landgerichtlichen Staatsanwaltschaft mitzuteilen. Die Frage ist übrigens streitig, vgl. Bennecke 642 Anm. 17; Löwe 4b; Stenglein 3 zu § 422.



2. Sie kann aber auch in jeder Lage der Sache bis zum Eintritt der Rechtskraft die Verfolgung selbst übernehmen[33]) (auch gegen den Willen des Privatklägers), sei es durch eine ausdrückliche Übernahmeerklärung, sei es konkludent durch Einlegung eines Rechtsmittels[34]), § 417 Abs. 2 St.P.O.

Der Eintritt der Staatsanwaltschaft (Ziff. 2) macht dem Privatklageverfahren ein Ende und bringt das Verfahren in die Lage, wie wenn öffentliche Klage erhoben worden wäre. Er wirkt aber nur *ex nunc*, nicht *ex tunc*, d. h.: das bisherige Verfahren bleibt gültig, es geht so wie es liegt[35]), in das öffentliche Verfahren über[36]), § 417 St.P.O. Der Privatkläger tritt dadurch *ipso jure* in die Rolle eines Nebenklägers ein, § 417 Abs. 3 St.P.O.

## § 142.

### β) Zuständigkeit; Gang des Verfahrens.

I. Zuständig für Privatklagesachen ist das Schöffengericht, G.V.G. § 27³ [1]). Das schliesst nicht aus, dass die Sache im Wege der

[33]) *De lege ferenda* gegen diese Bestimmung: John, Strafrechtsztg. XIII, 193; Süss, Stellung der Parteien, 58.

[34]) D. h. eines Rechtsmittels gegen ein Urteil, Ötker 631; Voitus 1 zu § 417. Dagegen zieht die H. M., so Bennecke 635; Löwe 5a zu § 417; Dochow H. H. II, 361, auch die Einlegung einer Beschwerde hierher. Ob das Rechtsmittel zu Ungunsten oder zu Gunsten des Angeklagten eingelegt wird, macht keinen Unterschied. Bennecke 636; Simonson, G.A. XXXVIII, 150; Löwe 5b; Stenglein 4; Puchelt 5; Thilo 3 zu § 417. A. M. Kammergericht 1881, Johow II, 203; Süss, Stellung der Parteien 58.

[35]) Vgl. Grohmann, Meklenburg. Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft V, 195. — Daher bleibt trotz des unten in Anm. 1 zu § 142 Gesagten die Zuständigkeit des Schöffengerichts bestehen, Bennecke 636; Stenglein 9 zu § 27 G.V.G. Keller 3; Puchelt 4; v. Bomhard 3 zu § 417; Dochow, H. H. II, 361 Anm. 5; v. Schwarze, Erörterungen 40; Geyer 858; Zimmermann, G.S. XXXVI, 514; Glaser II, 211 Anm. 10; Freudenstein, Recht der Ehrenkränkungen, 163; v. Kries 729. A. M. Ullmann 119 (vgl. aber 545); Hauck 4 zu §§ 27—30 G.V.G.; Meves 184; Thilo 16; Löwe 14 zu § 27 G.V.G.; Voitus, Kontroversen II, 130; Grohmann a. a. O.; R. VI, 200; E. X, 237. Auch wenn die Übernahme vor Eröffnung des Hauptverfahrens erklärt wird, bleibt die erhobene Privatklage in Kraft und es ist auf sie hin weiter zu prozedieren. A. M. Ötker 630, der in diesem Falle neue Klage der Staatsanwaltschaft beim Landgericht verlangt. Ähnlich Grohmann a. a. O. u. A.

[36]) Von jetzt ab kommen also ausschliesslich die Sätze über das Staatsklageverfahren zur Anwendung, sodass z. B. von einer Einstellung nach § 429 St.P.O. keine Rede mehr sein kann. Unrichtig E. XXIX, 422.

[1]) Die Zuständigkeit wird also durch die Form des Verfahrens begründet: Dieselben Strafsachen gehören, wenn sie durch öffentliche Klage anhängig werden, zur Zuständigkeit der Strafkammern, G.V.G. § 73, verglichen mit §§ 27, 75, so allerdings, dass diese in der Mehrzahl der Fälle die Sache an das Schöffengericht überweisen können. Dies ist wichtig für § 416 St.P.O.: Die Entscheidung, ob „öffentliches Interesse" gegeben ist, hat nicht der Amtsanwalt, sondern die landgerichtliche Staatsanwaltschaft.



Verbindung auch bei einem anderen Gerichte verhandelt werden kann, mit Ausnahme jedoch des Schwurgerichts, St.P.O. § 424 Abs. 2.

II. Die Klage muss inhaltlich den durch § 198 Abs 1 St.P.O.[2]) für die öffentliche Klage und zwar für die Anklage[3]) gegebenen Bestimmungen entsprechen. Ihrer Form nach kann sie aber ausser durch Einreichung einer Anklageschrift wahlweise auch zu Protokoll des Gerichtsschreibers erhoben werden, § 421 St.P.O.

III. Die Klageerhebung bewirkt Rechtshängigkeit mit der oben § 141 III 2 erwähnten Einschränkung hinsichtlich des Prozessgegenstandes. Solange die Privatklage schwebt, braucht kein Gericht sich auf eine weitere Privatklage oder eine öffentliche Klage einzulassen. Mit der Klage sind zwei Abschriften einzureichen, § 421 Satz 3 St.P.O. Von diesen teilt das Gericht, wenn die Klage vorschriftsmässig erhoben ist, je eine dem Beschuldigten unter Stellung einer Erklärungsfrist und der Staatsanwaltschaft zur Kenntnisnahme mit, § 422 St.P.O.

IV. Der ordnungsmässig[4]) erhobenen Privatklage steht dann das Gericht ebenso wie der öffentlichen Klage gegenüber, insofern — nach Eingang der Erklärung des Beschuldigten oder Ablauf der ihm gesetzten Frist — über Eröffnung oder Nichteröffnung des Hauptverfahrens Beschluss zu fassen ist, § 423 St.P.O. Ob „hinreichender Verdacht“ vorhanden ist, entnimmt das Gericht den Angaben der Anklage, etwaiger Notorietät und nötigenfalls besonderen Erhebungen, die das Gericht (nach § 200 St.P.O.) anstellt[5]). Äusserlich unterscheidet sich die Beschlussfassung von derjenigen, die auf öffentliche Klage ergeht, darin, dass statt der „Einstellung des Verfahrens“ die „Zurückweisung der Privatklage“ ausgesprochen wird[6]).

V. Der Hauptverhandlungstermin ist nicht bloss wie im Staatsklageverfahren an die Wahrung einer einwöchigen Ladungsfrist für den Angeklagten geknüpft, § 216 St.P.O., sondern ausserdem auch an die Wahrung einer ebensolchen für den Privatkläger, § 425 Abs. 3 St.P.O.

Die persönlichen Beweismittel, die zur Hauptverhandlung geladen werden sollen, bestimmt der Vorsitzende des Gerichts, § 426 Abs. 1 St.P.O. Alle auf richterliche Anordnung ergehenden Ladungen besorgt der Gerichtsschreiber, § 425 Abs. 2 St.P.O.

VI. In der Hauptverhandlung können sich beide Parteien vertreten lassen, aber nur durch einen Rechtsanwalt (oder dessem Substituten). Die Vertretungsmöglichkeit kann jedoch vom Gericht

---

[2]) Oben § 111 III.

[3]) Einen Antrag auf Voruntersuchung kann der Privatkläger nicht stellen.

[4]) Bei Mängeln der Klage gilt Entsprechendes, wie oben S. 478 IV ausgeführt ist. Vgl. dazu Bennecke 642 Anm. 14, 16; Birkmeyer 787.

[5]) Vernehmung des Beschuldigten und des Privatklägers, etwaiger Zeugen u. s. w. Vgl. bes. Michels, G.A. XLVI, 98, der mit Recht betont, dass das Hinreichen des Verdachts nicht, wie vielfach (unter Billigung von Löwe 2b; Stenglein 1 zu § 423; vgl. aber auch Kronecker, G.A. XXXIII, 10) in der Praxis geschieht, ungeprüft bleiben darf. S. auch v. Kries 726; Birkmeyer 787. Dagegen darf ein amtsrichterlicher Sühnetermin *de lege lata* nicht abgehalten werden; insofern richtig Kah, Das Recht, II, 175.

[6]) Innerlich ist aber diese Zurückweisung nichts anderes als ein Beschluss *ex* § 202 St.P.O., auf den § 209 Abs. 2, § 210 u.s.w. anwendbar sind. Bennecke 643.

dadurch ausgeschlossen werden, dass das persönliche Erscheinen der Parteien angeordnet wird, § 427 St.P.O.

Bleibt der **Privatkläger** in der Hauptverhandlung aus, und wird er auch nicht durch einen Rechtsanwalt vertreten, oder erscheint in den Fällen, in denen persönliches Erscheinen angeordnet war, für ihn nur ein Vertreter, so wird fingiert, er nehme die Klage zurück, und es wird *in contumaciam* die Einstellung des Verfahrens verordnet, § 431 Abs. 2[7]).

Bleibt der **Angeklagte** unvertreten aus, oder erscheint für ihn in den Fällen, in denen persönliches Erscheinen angeordnet war, nur ein Vertreter, so ist ein Verhandeln unmöglich (Versäumnisurteil ebenso unzulässig, wie im Staatsklageverfahren) und es erfolgt die Vorführung (nicht Verhaftung[8])) des Angeklagten, St.P.O. § 427 a. E.[9]).

VII. Die Ausdehnung der **Beweisaufnahme** in der schöffengerichtlichen Hauptverhandlung ist durchaus Sache des Gerichts, welches also namentlich nicht genötigt ist, die geladenen Zeugen u. s. w. sämtlich zu vernehmen, § 244 Abs. 2 St.P.O.

VIII. In Ansehung der **Rechtsmittel** gilt das oben §§ 104, 105, 129—133 Dargestellte mit der Massgabe, dass hier der Privatkläger die staatsanwaltschaftlichen Rechtsmittel (aber nicht unter Ausschluss der Staatsanwaltschaft, sondern mit ihr konkurrierend[10])) hat, § 430 St.P.O., unter Ausschluss der Rechtsmittel zu Gunsten des Angeklagten[11]).

---

[7]) *De lege ferenda* wird dieser § nicht mit Unrecht angefochten von Gorden, Z. XVIII, 560.

[8]) Wohl aber ist Erlass eines Haftbefehls unter den allgemeinen Voraussetzungen der §§ 112 ff. St.P.O. auch im Privatklageverfahren zulässig, Bennecke 637 Anm. 20 gegen Löwe 4 zu § 424; Binding, Grdr. 119; H. Seuffert in v. Stengels Wörterbuch des Verwaltungsrechts II, 678.

[9]) § 231 St.P.O. findet nur im Falle des § 4 Abs. 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb Anwendung, da bei allen übrigen Privatklagedelikten (auch dem unlauteren Wettbewerb in den Fällen der §§ 4 Abs. 2, 7, 9, 10 des Gesetzes) die Strafdrohungen höher sind, als § 231 zulässt. Wohl aber sind §§ 230, 232 St.P.O. auch im Privatklageverfahren anwendbar.

[10]) Oben § 141 VIII 1. Die Rechtsmittelfrist für die Staatsanwaltschaft wird von Löwe 5c zu § 417, Bennecke 636 Anm. 12 von der Urteilsverkündung ab gerechnet, wenn die Staatsanwaltschaft bei dieser zugegen gewesen sei; anderenfalls laufe die dem Privatkläger zustehende Frist auch für die Staatsanwaltschaft. Allein auf die Anwesenheit der Staatsanwaltschaft bei der Verkündung kann nichts ankommen; denn dem Urteil stand ja der Staat noch nicht als Partei gegenüber, die Staatsanwaltschaft hörte die Publikation noch nicht als Parteiorgan an. Lässt man die Anwesenheit bei Verkündung bedeutsam sein, so kann korrekterweise bei Nichtanwesenheit nur die Zustellung des Urteils an die Staatsanwaltschaft die Frist in Lauf setzen, während doch eine solche Zustellung von der St.P.O. gar nicht vorgeschrieben ist. Die staatsanwaltschaftliche Rechtsmittelfrist kann vielmehr nur eine abgeleitete sein, d. h. ihre Frist ist gar keine besondere, sondern die des Privatklägers.

[11]) Oben § 141 bei Anm. 27.

Bei Rechtfertigung der Revision gilt für den Privatkläger Anwaltszwang, § 430 Abs. 2 St.P.O.

Bei der einseitigen Parteistellung des Privatklägers müsste folgerichtig ganz wie zu Gunsten des Angeklagten, so auch zu seinen Gunsten das Verbot der *reformatio in pejus* bestehen. Inkonsequenter Weise verordnet § 430 Satz 3 St.P.O. das Gegenteil.

Die Bestimmung des Umfangs der Beweisaufnahme in der Berufungsinstanz vor der Strafkammer ist wie in der ersten Instanz durchaus nur Sache des Gerichts, § 244 Abs. 2 St.P.O.[12]).

Die Säumnis einer Partei[13]) in der berufungsinstanzlichen Hauptverhandlung wirkt zum Teil abweichend wie im gewöhnlichen Verfahren.

1. Hatte der Privatkläger Berufung eingelegt und ist
   a) er selbst säumig, so wird mindestens die Berufung durch Versäumnisurteil verworfen. Es kann aber sogar auch die etwaige untergerichtliche Verurteilung gemildert oder ganz beseitigt werden, sodass also das Rechtsmittel den gegenteiligen Effekt hat, wie beabsichtigt war (*reformatio in pejus* — vgl. vorstehend), St.P.O. § 431 Abs. 3.
   b) Liegt die Säumnis auf Seiten des Angeklagten, so wird über die Berufung des Privatklägers verhandelt, oder die Vorführung (aber nicht die Verhaftung) des Angeklagten angeordnet, § 370 in Verbindung mit § 427 Abs. 3 St.P.O.
2. Hatte der Angeklagte die Berufung eingelegt, und bleibt
   a) der Privatkläger aus, so wird die Privatklage als zurückgenommen fingiert, und es ergeht Einstellungsbeschluss, § 431 Abs. 2 St.P.O.
   b) Ist dagegen der Angeklagte säumig, so wird seine Berufung durch Kontumacialurteil verworfen, § 370 St.P.O.

   In allen diesen Fällen zu 1 und 2 kann aber die Säumnis durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand geheilt werden unter den gewöhnlichen Voraussetzungen dieses Rechtsbehelfs, § 370 Abs. 2, § 431 Abs. 4 St.P.O.[14]).

---

[12]) Im Gegensatz zum Verfahren auf öffentliche Klage, § 244 Abs. 1 St.P.O., oben S. 526.

[13]) D. i. das unvertretene Ausbleiben, oder wo persönliches Erscheinen angeordnet war, das Erscheinen des Vertreters allein ohne die Partei selbst.

[14]) Die einwöchige Frist läuft im Falle des § 370 von der Urteilszustellung, im Falle des § 431 von der Säumnis an.

**IX.** Das rechtskräftige Sachurteil im Privatklageverfahren macht *res judicata* in demselben Umfang wie das auf öffentliche Klage ergangene: sämtliche auf die betreffende Strafsache bezüglichen öffentlichen wie Privatklagerechte sind konsumiert[15]).

X. Wiederaufnahme des Verfahrens ist hier ebenso wie im gewöhnlichen Verfahren zulässig, mit der Massgabe, dass für den Privatkläger Anwaltszwang bei Anbringung des Antrages auf Wiederaufnahme herrscht, § 430 Abs. 1, 2 St.P.O.

## § 143.

### γ) Beendigung des Verfahrens.

Die Beendigung des Privatklageverfahrens kann ausser durch Sachurteil auch durch das Formalurteil des § 259 Abs. 2 St.P.O.[1]) oder durch Beschluss in derselben Weise und unter denselben Voraussetzungen, wie die Beendigung des gewöhnlichen Verfahrens erfolgen.

Dem Privatklageverfahren eigentümlich sind aber folgende Endigungsmöglichkeiten:

I. Die Privatklage ist zurücknehmbar bis zur Verkündung des Urteils erster Instanz oder, sofern zulässigerweise Berufung eingelegt ist, zweiter Instanz[2]), und zwar auch bei den Delikten, bei denen eine Zurücknahme des Strafantrags unzulässig ist, und unbeschadet der Vorschrift, dass der Strafantrag, wo er überhaupt zurücknehmbar ist, nur bis zur Verkündung eines auf Strafe lautenden Urteils zurückgenommen werden kann[3]).

Die Zurücknahme der Privatklage bewirkt *ipso jure* das Insichzusammensinken des Verfahrens[4]); zweckmässigerweise wird jedoch diese Folge durch einen (deklaratorischen) Einstellungsbeschluss ausdrücklich ausgesprochen[5]); dem Beschuldigten wird die Zurücknahme bekannt gemacht, § 434 St.P.O. Mit der Zurücknahme erlischt aber ausserdem das Privatklagerecht des Zurücknehmenden, § 432 St.P.O. Dagegen bleibt das Klagerecht der korreal berechtigten Personen (des Staates wie der mitberechtigten Privaten) unberührt. Trotz der

---

[15]) Vgl. auch § 415 Abs. 3 St.P.O., oben § 141 III a. E.

[1]) So wenn die Privatklage ohne dass vorher ein besonderer Strafantrag gestellt war, und erst nach Ablauf der Antragsfrist erhoben war.

[2]) Vgl. dagegen § 154 St.P.O., oben S. 243.

[3]) Vgl. hierzu noch nachstehend I a. E. — Zurücknahme der Privatklage und Zurücknahme des Strafantrags gehen jede ihren eigenen Weg; ein Widerspruch zwischen St.P.O. und St.G.B. (so Dochow H. H. II, 362; Binding I, 650; v. Schwarze 1 zu § 431 und Erörterungen 66) liegt nicht vor; Bennecke 650; Löwe 1a zu § 431.

[4]) So, im Prinzip richtig, Frese Z. V, 683.

[5]) Bennecke 651; Birkmeyer 790; Löwe 7 zu § 431. A. M. Frese a. a. O.

Zurücknahme geht also das Verfahren zwischen den etwaigen Streitgenossen des Klägers einerseits und dem Angeklagten andererseits seinen Gang weiter; waren die Mit-Privatklageberechtigten bisher noch nicht am Verfahren beteiligt, so können sie jetzt ihrerseits Klage erheben[6]). Ferner aber kann nach Zurücknahme der Privatklage die öffentliche Klage wegen der That erhoben werden[7]), vorausgesetzt freilich, dass der bei diesen Delikten ja durchweg erforderliche Strafantrag vorliegt.

Nach dieser Richtung hin wird von Bedeutung die Frage, ob nicht die Zurücknahme der Privatklage eine solche des Strafantrags in sich schliesst. Zu unterscheiden sind hier folgende Fälle:

1. Die Zurücknahme der Privatklage erfolgt zu einem Zeitpunkt, in dem die Zurücknahme des Strafantrags unzulässig ist, oder es handelt sich um ein Delikt, bei dem die Zurücknahme des Antrags überhaupt nicht statthaft ist. Solchenfalls steht der in der Privatklage liegende Strafantrag noch voll in Kraft, der Erhebung der öffentlichen Klage steht nichts im Wege[8]).

2. Die Zurücknahme der Privatklage erfolgt in einer Sache, in der, und zu einem Zeitpunkte, in dem die Zurücknahme auch des Antrags zulässig ist. Solchenfalls ist es *quaestio facti,* ob der Privatkläger die Zurücknahme der Privatklage in dem Sinne meinte, dass er auch den Strafantrag zurücknehme[9]). Die Frage wird meist zu verneinen sein, wenn er neben der Privatklage noch einen separaten Strafantrag gestellt hatte; verkörpert dagegen nur die Privatklage den Strafantrag, so wird meist der Wille des Klägers bei der Zurücknahme auf völlige Inhibierung jedes Strafverfahrens gerichtet, also auch als Zurücknahme des Strafantrags gemeint sein.

II. Die Zurücknahme der Klage wird fingiert, wenn der Privatkläger in erster Instanz oder, falls zulässige Berufung von dem Angeklagten[10]) eingelegt ist, auch noch in zweiter Instanz

1. in der Hauptverhandlung oder einem anderen Termine unvertreten ausbleibt oder nicht, wie angeordnet war, persönlich erscheint[11]); oder

---

[6]) Bennecke 652.

[7]) Eine einfache „Übernahme“ des Verfahrens dagegen käme jetzt natürlich zu spät.

[8]) Ebenso Bennecke 650, 653; Löwe 1b zu § 431; E. XIX, 284, vgl. Frank Z. XII, 348; Birkmeyer 328. A. M. Freudenstein Ehrenkränkungen 185; Keller 1 Abs. 3 zu § 431, und die oben Anm. 3 als dissentierend Genannten.

[9]) H. Meyer § 43 bei Anm. 83; Bennecke 650; Stenglein 1 zu § 431; Olshausen 21 zu § 64 St.G.B.; v. Kries 730; Thilo 1 zu § 431. A. M. Löwe 1b zu § 431, Obertribunal Berlin, G.A. XXI, 504; Hälschner I, 720, II, 10 E. VIII, 207, R. V, 272; Frese Z. V, 690; Birkmeyer 328, die im Falle 2) in der Zurücknahme der Privatklage schlechthin eine Zurücknahme des in der Privatklage liegenden Strafantrags, teilweise sogar eine Zurücknahme des separat gestellten Antrags erblicken.

[10]) Vgl. dagegen § 431 Abs. 3 St.P.O., oben S. 636, Ziff. 1a.

[11]) Oben S. 636, Ziff. 2a.



2. eine Frist nicht einhält, die ihm unter Androhung der Einstellung gesetzt war[12]), § 431 Abs. 2 St.P.O.

Auch in den Fällen der fingierten Zurücknahme ergeht ein Einstellungsbeschluss[13]), dem gegenüber jedoch der Privatkläger die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand binnen einer Woche von der Versäumung an unter den gewöhnlichen Voraussetzungen dieses Rechtsbehelfs erlangen kann, § 431 Abs. 4 St.P.O.

III. Ferner fällt das Verfahren auch zusammen mit dem Tode des Privatklägers[14]), so jedoch, dass auch hier ein (deklaratorischer) Einstellungsbeschluss ergeht, § 433 Abs. 1 St.P.O.[15]). Dem Beschuldigten wird hiervon Mitteilung gemacht, § 434 St.P.O. Eine Aufnahme des eingestellten Verfahrens durch die Angehörigen, Erben u. s. w. ist grundsätzlich nicht zugelassen; das Privatklagerecht ist als öffentliches subjektives Recht unvererblich.

Nur dann, wenn sich der Prozess um Verleumdung des Privatklägers[16]), St.G.B. § 187 — unter Ausschluss der Kreditgefährdung —, drehte[17]), sind die Eltern, die Kinder und der Ehegatte berechtigt, binnen zwei Monaten[18]), vom Tode des Privatklägers an gerechnet, in dessen Parteirolle einzurücken, indem sie die Fortsetzung des Prozesses bei Gericht erklären, St.P.O. § 433 Abs. 2. In diesem Falle wird der Einstellungsbeschluss aufgehoben, dem Beschuldigten Mitteilung gemacht, § 434 St.P.O., und das Verfahren von dem Punkte ab, wo es aufgehört hatte, fortgeführt.

---

[12]) Vgl. Kah, Das Recht, IV, 34.

[13]) Bennecke 652; Stenglein 3 zu § 431; Birkmeyer 790.

[14]) Vorausgesetzt, dass er nicht erst nach der „Prozesserledigung" erfolgt. Die Rechtskraft des Urteils wird durch den nach Erlass desselben erfolgenden Tod des Privatklägers nicht gehemmt.

[15]) Die Einstellung ist sofort, nicht etwa erst nach Ablauf der sogleich zu erwähnenden zwei Monate auszusprechen. Bennecke 654 Anm. 40 gegen Stenglein 3 zu § 433. Dies ergiebt sich aus der deklaratorischen Natur des Einstellungsbeschlusses.

[16]) Eine Succession in die Parteirolle des nicht selbst verletzten Privatklägers (§ 414 Abs. 2 St.P.O.) findet dagegen nicht statt.

[17]) D. h. wenn bereits der Verstorbene seine Privatklage auf § 187 St.G.B. gestützt hatte. War das der Fall, so ist Fortsetzung des Prozesses durch die Angehörigen auch dann statthaft, wenn sich der rechtliche Gesichtspunkt jetzt anders darstellt. Umgekehrt genügt nicht, dass jetzt § 187 St.G.B. in Frage kommt, wenn nicht schon bei Lebzeiten des Privatklägers die Klage sich auf § 187 St.G.B. gerichtet hatte. In ersterer Hinsicht a. M. Bennecke 655; Löwe 4; Stenglein 2 zu § 433; v. Schwarze, Erörterungen 74; Puchelt 4 zu § 433; v. Kries 731. Wie im Text Keller 2 zu § 433; Freudenstein, Ehrenkränkungen 188.

[18]) Doch ist gegen Fristversäumung gemäss §§ 44 ff. St.P.O. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand unter den gewöhnlichen Voraussetzungen statthaft.

Das Strafklagerecht der mit dem verstorbenen Privatkläger korreal berechtigten Personen bleibt durch den Todesfall natürlich unberührt [19]). Dies muss auch für diejenigen Berechtigten gelten, die nach § 433 fortsetzungsberechtigt sind: sie haben die Wahl, ob sie in die Parteirolle des Verstorbenen einrücken oder ihr eigenes Klagerecht geltend machen wollen [20]).

IV. Ein dem Privatklageverfahren eigentümliches Formalurteil, lautend auf Einstellung des Verfahrens, hat zu ergehen, wenn in der Hauptverhandlung sich nach Auffassung des Gerichts die That als nicht privatklagefähig, als exklusives Staatsklagedelikt [21]) darstellt [22]), § 429 St.P.O., wäre es auch in idealer Konkurrenz mit einem Privatklagedelikt [23]). Eines Sachurteils hat sich das Gericht solchenfalls zu enthalten, widrigenfalls Konsumtion der Strafklage eintreten würde [24]), denn das auf ein Privatklagedelikt bezügliche Sachurteil würde latent eine Freisprechung unter allen anderen juristischen Gesichtspunkten enthalten [25]).

Mit der Rechtskraft des Einstellungsurteils ist das Verfahren erledigt. Die Sache wird nicht, wie im Falle des § 270 St.P.O [26]) an das zuständige Gericht hinübergeschoben. Doch sind die Akten der Staatsanwaltschaft mitzuteilen. § 429 Abs. 2 St.P.O., damit diese sich nunmehr über Erhebung der öffentlichen Klage schlüssig machen kann.

V. Ein Vergleich, den die Parteien schliessen, ist als solcher nicht als Erledigungsgrund für das Verfahren in der St.P.O. anerkannt [27]). Es kommt vielmehr darauf an, was der Kläger in dem Vergleich erklärt. Erklärt er, dass er die Klage zurücknehme, so treten die oben I geschilderten Wirkungen ein. Erklärt er, dass er auf sein Klagerecht verzichte, so ist das Verfahren ebenfalls als nunmehr unzulässig durch Beschluss einzustellen [28]). Erklärt er die Zurücknahme

---

[19]) Vgl. Bennecke 654, besondere Anm. 40.
[20]) A. M. Bennecke 655.
[21]) Z. B. als Bedrohung mit Begehung eines Verbrechens.
[22]) Derart, dass hinreichender Verdacht dafür vorliegt, vgl. dazu oben S. 382 bis 383 *mut. mut.*
[23]) Köhler, Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz, 156.
[24]) E. IX, 14, 324; R. V, 698; Löwe 4; Stenglein 3 zu § 429; Bennecke 653; Glaser in Grünhuts Zeitschrift XII, 330; v. Schwarze, Erörterungen 63; Keller 3; Puchelt 7 zu § 429; Birkmeyer 790. Dagegen die Motive 225; Freudenstein Ehrenkränkungen 198.
[25]) Vgl. oben S. 395.
[26]) Oben S. 535.
[27]) Etwa eine Einigung der Parteien dahin, dass der Angeklagte Abbitte leistet, und der Privatkläger erklärt, ihm verzeihen zu wollen.
[28]) Möllendorff, Zulässigkeit und Wirksamkeit des Vergleichs u. s. w. 1893 (freilich mit unzulässiger Begründung aus dem Civilrecht).

eines Rechtsmittels, so erwächst damit das bisher angefochtene Urteil in Rechtskraft.

Anders dagegen, wenn der Privatkläger nur zugesagt hat, in Zukunft die Klage zurücknehmen zu wollen u. dergl. (besonders unter Beifügung einer Bedingung, z. B.: falls Angeklagter 100 Mark in die Armenkasse zahle oder dem Privatkläger die Kosten erstatte u. s. w.). Alsdann ist das Verfahren noch bei Kräften geblieben und muss, wenn Kläger seine übernommene Verpflichtung, die Klagezurücknahme zu erklären, nicht einhält, seinen Fortgang nehmen [29]).

VI. Von dem Übergang des Privatklageverfahrens in das Staatsklageverfahren ist schon oben die Rede gewesen [30]).

## § 144.

### δ) Widerklage.

Wie im Civilprozess, mit dem der Privatklageprozess auch sonst Ähnlichkeit hat, so ist auch hier die Erhebung einer Widerklage zulässig, d. h. einer Gegen-Privatklage. Durch sie macht der Angeklagte eine neue Strafsache gegen den Kläger [1]) anhängig; mit der Frage, ob und wie der (Vor-)Angeklagte auf die (Vor-) Privatklage hin zu bestrafen sei, hat die Widerklage gar nichts zu thun; insbesondere bedarf es einer solchen nicht etwa behufs Herbeiführung einer Kompensation (St.G.B. §§ 199, 233); es kann prozessual durchaus einseitig kompensiert werden [2]).

---

[29]) Vgl. oben S. 301.

[30]) § 141 a. E.

[1]) Der Kläger muss also mit dem Widerbeklagten identisch sein, ebenso der Angeklagte mit dem Widerkläger. Gegen den gesetzlichen Vertreter oder das fungierende Organ des Klägers wegen einer von dem Vertreter beziehungsweise Organ verübten That kann also die Widerklage nicht erhoben werden, ebenso kann die Widerklage nicht von demjenigen erhoben werden, der neben dem Angeklagten wegen der Gegenthat ein selbständiges Privatklagerecht *ex* § 414 Abs. 2 St.P.O. hat. Ist der Privatkläger nicht selbst der Verletzte, sondern ein neben dem Verletzten Berechtigter (z. B. Ehemann), so ist eine Widerklage gegen jenen Verletzten selbst (z. B. die Ehefrau) wegen einer von ihm verübten Gegenthat ausgeschlossen, weil er nicht der Kläger ist; Bennecke 647 Anm. 4; Löwe 2b; Stenglein 2 zu § 428; eine Widerklage gegen den (nicht selbst verletzten) Privatkläger wegen einer von ihm begangenen That wäre an sich denkbar, sie ist aber aus anderen Gründen ausgeschlossen (unten Anm. 3).

[2]) Hat also A Klage gegen B erhoben, und ergiebt die Hauptverhandlung das Vorliegen einer kompensablen Retorsion, so kann auch wenn B seinerseits nicht gegen A geklagt hat, B für straffrei erklärt werden unter Aufrechnung der Thaten. Ein Urteil gegen A liegt darin nicht, ein solches konnte das Gericht, dem Klageformprinzip zufolge, ja auch gar nicht fällen. Durch das aufrechnende Urteil gegen B wird daher auch keine *res judicata* hinsichtlich des A geschaffen. Dem A kann in einem demnächst gegen ihn anhängig gewordenen Prozess das Gericht sehr wohl die Aufrechnung versagen.

I. Die Voraussetzungen der Widerklage decken sich zunächst mit den allgemeinen Voraussetzungen einer Privatklage, betreffend Privatklagerecht, Klagefähigkeit u. s. w.

Jedoch ist ein Sühneversuch — § 420 St.P.O.[3]) — nur Klage-, nicht Widerklagevoraussetzung.

Ausser den allgemeinen Voraussetzungen muss aber für die Widerklage ferner ein Gegenseitigkeitskonnex der Strafsachen vorliegen: es muss sich um „wechselseitige Beleidigungen oder Körperverletzungen" handeln, d. h. solche, die dem Privatkläger als von ihm in der Richtung gegen den Angeklagten begangen zur Last gelegt werden. Jede der Parteien muss als Verletzer und Verletzter in Frage kommen[4]).

Nicht erforderlich ist ein Retorsionskonnex oder sonstiger Zusammenhang zwischen den Thaten hüben und drüben, noch viel weniger, dass es sich um Erwiderung „auf der Stelle" handelt[5]). Desgleichen ist Gleichartigkeit der Delikte nicht notwendig[6]).

II. Zeitlich ist der Widerklage durch § 428 Abs. 1 St.P.O.[7]) eine Grenze gesetzt: sie kann wirksam nur bis zur Beendigung der Schlussvorträge in erster Instanz erhoben werden[8]). Auch kann die

---

[3]) Oben S. 630, V.

[4]) Somit ist eine Widerklage ausgeschlossen, wenn der Privatkläger nicht selbst der Verletzte, sondern ein Nebenberechtigter *ex* § 414 Abs. 2 (oben Anm. 1) ist. Bennecke 647 Anm. 4; Löwe 2b; Stenglein 2 zu § 428.

[5]) Ebenso E. II, 87; Löwe 2a; Stenglein 2a; Keller 1; Puchelt 2 zu § 428; v. Schwarze, Erörterungen 33; Bennecke 648; Glaser II, 23; Kronecker, G.A. XXXIII, 1; Ullmann 552 Anm. 3. Dagegen fordern einen sei es „thatsächlichen", sei es „ursächlichen" Zusammenhang: Dochow, H. H. II, 367; M. I, 174; Gorden, G.A. XLV, 22; vgl. Z. XVIII, 563 u. A. Die letztere Auffassung beruht aber zum Teil auf dem Argument, dass derjenige, der seinerseits die Antragsfrist habe verstreichen lassen, nicht dadurch „von neuem klageberechtigt werden" könne, dass er nachträglich seinerseits eine Verletzung des Gegners begehe. Dabei sind Widerklage und Strafantrag in unzulässiger Weise zusammengeworfen. In dem Falle, wenn der Widerkläger nicht rechtzeitig Strafantrag gestellt hatte, liegt der Grund dafür, dass die Widerklage nicht zum Ziele führt, nicht an § 428 St.P.O., sondern an § 61 St.G.B. Vgl. oben S. 232 Anm. 7. Im wesentlichen zutreffend O.L.G. Dresden, Ann. V, 126.

[6]) In letzterer Hinsicht a. M. Olshausen 7 zu § 198. Wie im Text Bennecke 648; Löwe 2a; Stenglein 2 zu § 428.

[7]) St.G.B. § 198 hat eine gewisse Ähnlichkeit mit St.P.O. § 428 Abs. 1, bezieht sich aber lediglich auf den Strafantrag; jeder von beiden §§ hat seine eigene selbständige Bedeutung. So Löwe 9 zu § 428.

[8]) Eine selbständige Privatklage kann dagegen auch über diesen Zeitpunkt hinaus wegen der That angestrengt werden. Bennecke 649 Anm. 13; v. Kries 732.

Widerklage nur auf einer z. Z. schon und noch anhängigen Privatklage aufgebaut werden[9]).

III. Zuständig ist für die Widerklage das mit der Klage befasste Gericht; es besteht also wie im Civilprozess ein *forum reconventionis.*

IV. Die Erhebung der Widerklage kann in derselben Weise wie die Privatklage (§ 421 St.P.O.) erfolgen; zulässig ist aber auch Erhebung durch mündlichen Vortrag in der Hauptverhandlung[10]).

Über die Klage und die Widerklage wird gleichzeitig verhandelt und regulär auch gleichzeitig entschieden, § 428 Abs. 2 St.P.O.[11]).

VI. Im übrigen muss die Widerklage, da sie nichts anderes als eine Spezies der Privatklage ist, ganz nach den allgemeinen Sätzen behandelt werden: die Staatsanwaltschaft muss von ihr in Kenntnis gesetzt werden[12]), sie kann mitwirken, auch die Verfolgung übernehmen; dem Widerkläger können die wegen der gleichen That Privatklageberechtigten beitreten, eine eigene Privatklagesache dieser Personen ist, solange die Widerklage anhängig ist, ausgeschlossen[13]); ist auf die Widerklage hin rechtskräftig erkannt, so ist das Strafklagerecht auch der Mitverletzten konsumiert[14]) u. s. w.

Auch die Notwendigkeit eines Eröffnungsbeschlusses muss sich nach den gewöhnlichen Regeln richten. Es bedarf danach eines Eröffnungsbeschlusses nur dann nicht, wenn die Widerklage mündlich in der Hauptverhandlung erhoben worden ist[15]).

Erweist sich die Widerklage als prozessual unzulässig, so wird sie (auch wenn sie in der Hauptverhandlung mündlich erhoben worden

---

[9]) Nach Übernahme der Verfolgung durch die Staatsanwaltschaft ist also fortan die Erhebung einer Widerklage ausgeschlossen.

[10]) Das ist in der Zeitbestimmung, die § 428 Abs. 1 St.P.O. giebt, zwischen den Zeilen zu lesen. Dagegen Immler, G.A. XXXIII, 174. Wie im Text Löwe 5 zu § 428; Bennecke 649; Birkmeyer 790.

[11]) Würde freilich die eine Strafsache spruchreif sein, die andere nicht, so wird trotz § 428 Abs. 2 in jener Sache das Urteil zu erlassen, in der anderen zu vertagen sein.

[12]) A. M. Löwe 6 zu § 428; v. Kries 733. Wie im Text: Keller 3; Stenglein 6 zu § 428; mit Einschränkung auch Bennecke 649 Anm. 12.

[13]) v. Kries 733. A. M. Löwe 10 zu § 428.

[14]) Bennecke 650, Hellweg bei Löwe 10 zu § 428, Hamm, „Das Recht", III, 25. A. M. Löwe 10 zu § 428. Gegenüber dem § 416 Abs. 3 St.P.O. lässt sich auch die Ausnahme, die Bennecke 650 Anm. 14 für den Fall der Kompensation annimmt, nicht aufrecht erhalten

[15]) Ebenso Birkmeyer 790; Glaser II, 26. Vgl. dazu oben S. 488. Gänzlich wird die Notwendigkeit eines Eröffnungsbeschlusses geleugnet von Löwe 6 zu § 428; Bennecke 649 Anm. 12.

ist) durch Beschluss zurückgewiesen [16]. Ist die Widerklage dagegen einmal gültig erhoben, so ist sie in ihrem Fortgange von dem Bestehenbleiben der (Vor-)Privatklage unabhängig; die Zurücknahme der letzteren macht sie nicht hinfällig, § 428 Abs. 3 St.P.O. [17], ebensowenig der Übergang der (Vor-)Privatklage in das öffentliche Verfahren (oben § 141 a. E. [18]).

Dies gilt auch dann, wenn die Zuständigkeit des Gerichts für die Widerklage lediglich in der Natur der Klage als Widerklage begründet war; die einmal begründete Zuständigkeit wird durch den Wegfall der Voraussetzungen nicht aufgehoben [19].

War freilich eine gültige (Vor-) Privatklage gar nicht vorhanden, so ist die darauf gebaute Widerklage als solche gar nicht gültig erhoben. Entsprach die Erhebung der Widerklage jedoch den allgemeinen Bestimmungen über Privatklagen, so ist sie als selbständige Privatklage zu behandeln.

## § 145.

### b) Das Nebenklageverfahren.

Nebenkläger ist, wer, sei es als Privatperson, sei es in behördlicher Eigenschaft, in einem auf öffentliche Klage anhängigen Verfahren neben der Staatsanwaltschaft klägerische Handlungen vornimmt. Grundsätzlich ist zwar im Staatsklageverfahren auf klägerischer Seite neben der Staatsanwaltschaft für niemanden Raum. In einigen Ausnahmsfällen lässt jedoch das Gesetz behufs Erhöhung der Intensität der Strafverfolgung zu, dass neben die persönlich an der Strafverfolgung ja nicht interessierte und deshalb möglicherweise nicht nachdrücklich genug auftretende Staatsanwaltschaft ein Privater aus eigenem persönlichen Interesse heraus oder eine dem Straffall näher als die Staatsanwaltschaft stehende Staatsbehörde als sogenannter Nebenkläger tritt.

I. Berechtigt, in die Stellung eines Nebenklägers einzutreten, ist

1. jeder wegen der That Privatklageberechtigte, § 435 Abs. 1 St.P.O. Die Möglichkeit, selbst Privatklage zu erheben, ist ihm

---

[16] Vgl. oben S. 314 bei Anm. 14. Ebenso Löwe 6 zu § 428; Bennecke 649 Anm. 12. Anders Ullmann 553; Stenglein 5; Keller 4 zu 428; Kronecker, G.A. XXXIII, 23.

[17] Rückwirkende Kraft hat die Zurücknahme der Klage im Strafprozess nicht (vgl. dagegen C.P.O. § 271 — früher 243 — Abs. 3 Satz 1).

[18] Ebenso Bennecke 648 Anm. 9, Löwe 4 zu § 437, Glaser II, 25. A. M. Stenglein 8 zu § 428 und G.S. XXXV, 313, v. Schwarze, Erörterungen 1, 35, Oppenheim, Nebenklage, 55 Anm. 1.

[19] S. Bennecke oben 86, § 27 IV, Keller 5 zu § 428.

durch die Erhebung der öffentlichen Klage so gut wie abgeschnitten[1]). Wohl aber kann er in den Prozess wenigstens als Nebenkläger eintreten[2]). Hatte er bereits die Privatklage erhoben, und war das Verfahren durch staatsanwaltschaftliche Verfolgungsübernahme in ein Staatsklageverfahren übergegangen, so erlangt der Privatkläger sogar *ipso jure* durch die Übernahmeerklärung der Staatsanwaltschaft die Stellung als Nebenkläger, § 417 Abs. 3 St.P.O.

2. War die Erhebung der öffentlichen Klage von dem Verletzten erst vermittelst eines Gerichtsbeschlusses im Klageprüfungsverfahren durchgesetzt worden, so ist der Verletzte[3]) befugt, sich im Prozess neben die Staatsanwaltschaft als Nebenkläger zu stellen, sofern die That gegen sein Leben, seine Gesundheit, seine Freiheit[4]), seinen Personenstand oder seine Vermögensrechte gerichtet war, § 435 Abs. 2 St.P.O.

3. Derjenige, der infolge der That gegen den Angeschuldigten möglicherweise einen Bussanspruch hat, ist gleichfalls als Nebenkläger aufzutreten befugt (auch wenn er den Bussanspruch gar nicht geltend macht[5])), § 443 Abs. 1 St.P.O.

4. Bei Zoll- und Steuerstrafprozessen kann sich die Zoll- und Steuerverwaltungsbehörde der staatsanwaltschaftlichen Verfolgung in nebenklägerischer Funktion anschliessen, St.P.O. § 467[6]).

Dadurch, dass der Nebenklageberechtigte gleichzeitig in demselben Prozess Mitbeschuldigter ist, wird an seinem Nebenklagerecht nichts geändert[7]).

---

[1]) Oben S. 481.

[2]) Auch dann, wenn mit dem Privatklagedelikt ein Staatsklagedelikt ideell konkurriert, dies sogar dann, wenn das letztere allein in Anklage, Eröffnungsbeschluss, Urteil u. s. w. genannt sein sollte. E. VII, 437; R. V, 40, VIII, 468, IX, 524; Kronecker G.A. XXXVIII, 138; v. Kries 213; Bennecke 656 Anm. 3; Löwe 1; Stenglein 3 § 435; Birkmeyer 792.

[3]) Über diesen Begriff s. oben S. 484. Nicht berechtigt ist es, wenn Löwe 3b zu § 435 unter „Verletztem" hier nur den „unmittelbar Betroffenen", für § 170 dagegen jeden Betroffenen verstehen will. Der Begriff an sich ist hier und dort derselbe; nur quantitativ, in Ansehung der betroffenen Rechtsgüter, greift ein Unterschied Platz.

[4]) Vgl. R. X, 419; E. XXIV, 187.

[5]) Ebenso Bennecke 657 Anm. 6; Löwe 2; Stenglein 3 zu § 443; E. V, 335, XI, 90; R. IV, 42, V, 358, VI, 547; H. Meyer, Krit. Vjschr. 3. Folge V, 117. Auch dann noch kann der Betreffende als Nebenstrafkläger auftreten, wenn der Zeitpunkt des § 444 Abs. 1 St.P.O. — unten § 146 — bereits vorüber ist, er also als Busskläger nicht mehr auftreten kann; R. V, 358, VI, 547, E. XI, 90, Löwe a. a. O., Bennnecke 669 Anm. 21.

[6]) Hierüber s. unten § 150.

[7]) E. XXII, 264.

Das Recht, nebenklägerische Handlungen vorzunehmen, kann aber allgemeinen Grundsätzen nach nur derjenige Berechtigte ausüben, der auch nebenklagefähig, d. i. handlungsfähig ist, wozu Strafantragsfähigkeit nicht ausreicht[8]). Sonst übt an seiner Stelle der gesetzliche Vertreter (bezw. bei juristischen Personen das betr. Organ) das Recht aus.

In allen Fällen ist Vernehmung des Nebenklägers und der für ihn Auftretenden als Zeugen ausgeschlossen; Parteistellung so gut wie parteiorganschaftliche Stellung sind ja mit dem Zeugenbegriff unvereinbar[11]).

II. Seiner juristischen Stellung nach ist der Nebenkläger in den Fällen I 1—3[9]) Nebenpartei[10]). Er ist Kläger, sein Recht ist ein wenn auch bedingtes und beschränktes Klagerecht, das zu dem staatlichen Klagerecht im Verhältnis der Abhängigkeit steht. Das Nebenklagerecht entsteht erst mit dem Augenblick der Staatsklageerhebung und erlischt mit der Prozesserledigung. Beide Klagerechte, das Haupt- und das Nebenklagerecht, beziehen sich natürlich *conjunctim* auf einen und denselben Prozessgegenstand, den staatlichen Strafanspruch.

III. In seinem Verhältnis zur Staatsanwaltschaft ähnelt der Nebenkläger dem streitgenössischen Nebenintervenienten des Civilprozesses[12]). Er hat im allgemeinen die Rechte des Privatklägers, § 437 Abs. 1 St.P.O.: das Recht der Antragstellung, der Anwesenheit in der Hauptverhandlung[13]) und bei kommissarischen Beweiserhebungen (so jedoch, dass seine Anwesenheit nicht erforderlich ist[14])), das Recht, sich in der Hauptverhandlung durch einen Anwalt vertreten zu lassen, das Recht der unmittelbaren Ladung, der Akteneinsicht durch seinen Anwalt, das Recht, zum Worte verstattet zu werden,

---

[8]) Bennecke 658, besonders Anm. 16, O.L.G. Dresden, Ann. XI, 481, Löwe 6, Stenglein 6 zu § 435. A. M. v. Kries 212.

[9]) Über Fall 4 s. unten § 150.

[10]) Vgl. Glaser II, 217, Stenglein G.S. XXXV, 273, Birkmeyer 305, 333; Süss, Stellung der Parteien 202. Anders Bennecke 657, der an dem materiellen Parteibegriff (oben § 36, vgl. S. 245) festhaltend den Nebenkläger als Staatsvertreter ansieht; im Ergebnis ebenso Oppenheim 13.

[11]) Oben S. 343.

[12]) Vgl. Birkmeyer 305, Freudenstein, Ehrenkränkungen 193, aber auch Oppenheim 10, Süss, Stellung der Parteien 203. Menzel, Privatklage 1 spricht von „accessorischer Privatklage“, vgl. dazu Oppenheim 7.

[13]) Vgl. dazu E. XXV, 177.

[14]) Daher ist § 431 Abs. 2—4 St.P.O. auf den Nebenkläger nicht anwendbar. — E. VII, 376, R. V, 11, Bennecke 662 Anm. 8, 664. Vgl. noch E. XXVIII, 225, XXXI, 37.

das Recht auf Bekanntmachung der ergehenden Entscheidungen[15]), das Recht, Rechtsmittel einzulegen[16]) u. s. w., — alles dies unabhängig von der Staatsanwaltschaft, sodass er mit ihr sogar in Widerspruch treten, z. B. entgegen einem staatsanwaltschaftlichen Rechtsmittelverzicht seinerseits ein Rechtsmittel einlegen kann[17]), St.P.O. § 441 Abs. 1.

Einzelne klägerische Rechte sind ihm jedoch durch das Gesetz vorenthalten: er nimmt nicht Teil an der Erklärung über Annahme oder Ablehnung der Geschworenen, § 437 Abs. 2 St.P.O.; auch hat er kein Recht auf Herbeiführung einer Wiederaufnahme des Verfahrens (§ 441 verglichen mit § 430 St.P.O.[18])).

Dafür ist er andererseits im Gegensatz zum Privatkläger nicht kautionspflichtig[20]), § 436 Abs. 3 St.P.O.

IV. Die Staatsanwaltschaft wird prinzipiell von dem Eintritt des Nebenklägers nicht berührt[21]).

V. Im Rahmen des anhängigen[22]) Prozesses ist das Auftreten des Nebenklägers zeitlich nicht fixiert; die Nebenklage kann insbesondere auch noch nach Fällung eines Urteils behufs Anfechtung des letzteren erhoben werden, § 435 Abs. 1 St.P.O. Immer aber tritt der Nebenkläger in das Verfahren so ein, wie es gerade liegt, § 438 St.P.O.; sein Auftreten wirkt nur *ex nunc*; so werden ihm z. B. die schon zuvor ergangenen Entscheidungen nicht bekannt gemacht, § 439 St.P.O.; er kann, wenn er erst nach Erledigung einer Instanz auftritt, nicht deren Wiederholung verlangen; die schon anberaumten Termine aller

---

[15]) Urteile, die in seiner Abwesenheit verkündet werden, müssen ihm zugestellt werden, falls er bei der Verkündung nicht durch einen Anwalt vertreten war, § 440 St.P.O.

[16]) Die Rechtsmittelfristen laufen ihm von der Bekanntmachung des Urteils an ihn; E. VI, 28; R. IV, 155; Bennecke 664. War er z. Z. der Urteilsfällung noch nicht Nebenkläger, so läuft die von der Staatsanwaltschaft einzuhaltende Frist auch für ihn, § 439 Abs. 2 St.P.O. Die Form der Revisionsrechtfertigung bestimmt sich nach § 430 Abs. 2 St.P.O.; E. XIX, 115. Das Rechtsmittelrecht des Nebenklägers unterliegt gemäss §§ 437, 430 St.P.O. denselben Beschränkungen, wie das der Staatsanwaltschaft (St.P.O. §§ 378, 379), so E. XXVIII, 220; die Frage, ob der (private) Nebenkläger zu Gunsten des Angeklagten Rechtsmittel einlegen kann, läuft parallel der Frage, ob dies dem Privatkläger zusteht, vgl. oben S. 631 bei Anm. 27 und Bennecke 665.

[17]) Vgl. Löwe 3; Stenglein 2 zu § 439; Bennecke 664, Anm. 27.

[18]) Bennecke 659, 660, Stenglein 1 zu § 405, 8 zu § 435, G.S. XXXV, 309, XLII 173, v. Kries 214, 635, Hellweg-Dochow 129, Ullmann 556, Dochow H. H. II, 372, Keller 3, Dalcke 2 zu § 441, Meves 104, Birkmeyer 334. A. M. Oppenheim, Nebenklage 70, Löwe 6 zu § 441, Puchelt 7 zu § 435, v. Bomhard-Koller 2, Thilo 2 zu § 441, Geyer 869, Binding Grdr. 270.

[20]) Wohl aber kostenvorschusspflichtig, G.K.G. §§ 83, 84.

[21]) Eine Ausnahme gilt jedoch für die Rechtsmittelinstanzen, unten X.

[22]) Nicht statthaft ist die Nebenklage vor Erhebung der öffentlichen Klage (vgl. den Wortlaut von § 435 St.P.O.), Oppenheim 36, Stenglein 8, Löwe 7a zu § 435, Süss, Stellung der Parteien, 206. A. M. Stenglein G.S. XXXV, 296.

Art werden abgehalten auch wenn der Nebenkläger wegen Kürze der Zeit nicht mehr geladen oder benachrichtigt werden kann u. s. w.

VI. Zugelassen ist die Nebenklage vor jedem Gericht, auch dem Reichsgericht und dem Schwurgericht.

VII. Der Charakter des Verfahrens erleidet durch die Kombination der Nebenklage mit der Hauptklage keine Veränderung: das Verfahren bleibt Staatsklageverfahren und nimmt in keinem Punkte den Charakter eines Privatklageverfahrens an[23]).

Auch insofern ändert das Verfahren seinen Charakter nicht, als nach wie vor auf klägerischer Seite die Handlungen der Staatsanwaltschaft genügen, und es eines Mithandelns des Nebenklägers nicht bedarf. Die staatsanwaltschaftliche Anklage z. B. hat die volle Wirkung wie sonst, auch wenn der — schon in der Voruntersuchung aufgetretene — Nebenkläger seinerseits keine Anklageschrift eingereicht hat[24]) u. s. w.

Auch eine Zerreissung des Prozessgegenstandes wird durch die Nebenklage nicht bewirkt. Die nebenklägerischen Rechte beziehen sich auf den ganzen Prozessgegenstand ungeteilt. Dies auch dann, wenn im Falle der Idealkonkurrenz nur die eine juristische Qualifikation der That die Berechtigung zur Nebenklage gegeben hatte[25]).

VIII. Das Nebenklage-Prozessverhältnis tritt ohne Zuthun des Nebenklägers und des Gerichts ein in dem Falle, dass ein Privatklageverfahren sich durch staatsanwaltschaftliche Übernahme in ein öffentliches Verfahren verwandelt (oben § 141 a. E.)[26]). In allen übrigen Fällen bedarf es einer „Erhebung" der Nebenklage; sie erfolgt durch Einreichung einer schriftlichen Anschlusserklärung, § 436 Abs. 1 St.P.O., die sich aber auch konkludent — besonders in Gestalt der Einlegung eines Rechtsmittels — äussern kann.

Auf die Anschlusserklärung hin hat das Gericht nach Anhörung der Staatsanwaltschaft Beschluss zu fassen[27]), § 436 Abs. 2 St.P.O. Der Nebenkläger ist zurückzuweisen, wenn die Nebenklagevoraussetzungen nicht vorliegen; im entgegengesetzten Falle ist die Nebenklage zuzulassen. Der Zulassungsbeschluss ist indessen nicht konstitutiv, sondern deklaratorisch, die nebenklägerischen Rechte knüpfen sich

---

[23]) Deshalb ist z. B. eine Widerklage gegen den Nebenkläger ausgeschlossen, E. XXIX, 116.

[24]) Stenglein 6 zu § 437, Bennecke 663 Anm. 17.

[25]) Solchenfalls kann z. B. der Nebenkläger sehr wohl bei Rechtsmitteleinlegung solche Rügen anbringen, die sich auf die andere juristische Qualifikation der That beziehen. Ebenso E IX, 124, R. V, 596, Löwe 1b zu § 441.

[26]) R. V, 40, VI, 298, VIII, 532; E. VII, 437; Bennecke 662 Anm. 12.

[27]) Erfolgt die Anschlusserklärung in Verbindung mit einer Rechtsmitteleinlegung, so entscheidet über sie das Gericht, das über das Rechtsmittel zu entscheiden hat, E. VI, 139; R. IV, 274, V, 35, 358; Bennecke 662 Anm. 11; Löwe 2 zu § 436.

zufolge § 437 Abs. 1 bereits an die Anschlusserklärung[28]). Sollte das Gericht später erkennen, dass die Nebenklagevoraussetzungen nicht vorlagen, so ist der Zulassungsbeschluss aufzuheben[29]).

IX. Das Nebenklage-Prozessverhältnis dauert, einmal gültig begründet, grundsätzlich solange, aber auch nur solange an, wie das Haupt-Prozessverhältnis (also namentlich auch in die höheren Instanzen sowie in das Wiederaufnahmestadium hinein). Vorher endigt es nur durch Widerruf der Anschlusserklärung und durch Tod[30]) des Nebenklägers, § 442 St.P.O. Widerruf und Tod bewirken *ipso jure* das Erlöschen des Nebenklage-Prozessverhältnisses[31]); ein (deklaratorischer) Einstellungsbeschluss ist immerhin zweckmässig.

Rückwirkende Kraft kommt dem Erlöschen des Nebenklageprozessverhältnisses nicht zu[32]); die während seines Bestehens vorgenommenen nebenklägerischen Handlungen behalten volle Wirksamkeit, z. B. ist das Rechtsmittelverfahren auf Grund eines vom Nebenkläger eingelegten Rechtsmittels auch über den Widerruf oder Tod des Nebenklägers hinaus durchzuführen.

Auch kann das erloschene Nebenklage-Prozessverhältnis möglicherweise wieder aufleben. Zwar nicht nach dem Tode des Nebenklägers; eine Fortsetzung durch die Hinterbliebenen ist im Gesetz nicht vorgesehen[33]). Wohl aber kann der Nebenkläger im Falle des Widerrufs später sich erneut dem Verfahren als Nebenkläger anschliessen[34]).

X. Die Situation in den Rechtsmittelinstanzen gestaltet sich folgendermassen:

Hatten die Staatsanwaltschaft oder der Angeklagte das Rechtsmittel eingelegt, so ist die Mitwirkung des Nebenklägers in der höheren Instanz nicht anders beschaffen, wie in der ersten Instanz. Hatte der Nebenkläger selbst das Rechtsmittel eingelegt, so ist die Wirkung dieselbe, wie wenn die Staatsanwaltschaft das Rechtsmittel eingelegt hätte[35]); dies ergiebt sich aus der Einheit und Identität des Prozess-

---

[28]) Vgl. E XXV, 187; R. V, 35. Nicht zutreffend v. Kries 735; Bennecke 662, Anm. 12.

[29]) Ebenso R. VI, 298; Glaser II, 215. A. M. Stenglein 9 zu § 436, 1 zu § 442; Bennecke 663; Löwe 4 zu § 442; Oppenheim, Nebenklage, 43; Birkmeyer 793 Anm. 6; Süss, Stellung der Parteien, 207 Anm. 29.

[30]) Wenn er vor der Prozesserledigung eintritt, vgl. oben § 143 Anm. 14.

[31]) Bennecke 662.

[32]) Anders natürlich in dem Falle oben Anm. 29: der Aufhebungsbeschluss deklariert, dass eine gültige Nebenklage von Anfang an nicht vorgelegen hat.

[33]) Bennecke 662 Anm. 9.

[34]) Ebenso E. VIII, 384; R. V, 454; Bennecke 662 Anm. 8, Keller 1, Löwe 2 zu § 442. A. M. Menzel, Privatklage 49, Zimmermann, G.S. XXXVI, 517, Puchelt 2 zu § 442.

[35]) Bennecke 665.

gegenstandes. Da nun das Verfahren vor der höheren Instanz sich nicht ohne Mitwirkung der Hauptpartei abspielen kann, der Nebenkläger aber nicht in der Lage ist, die Hauptpartei zu ersetzen, so ist die Staatsanwaltschaft genötigt, in der höheren Instanz mitzuwirken[36]), natürlich nicht notwendig im Sinne des Nebenklägers mitzuwirken. Nur eine Weiterentwickelung des gleichen Grundgedankens ist es, wenn § 441 Abs. 2 St.P.O. den Betrieb der Sache der Staatsanwaltschaft in dem Falle zuweist, dass infolge des nebenklägerischen Rechtsmittels die Sache in die untere Instanz zurückverwiesen wird. Weiter aber ergiebt sich aus dem Grundgedanken heraus auch, dass der Betrieb der Sache durch die Staatsanwaltschaft in der höheren Instanz wie er einerseits erforderlich ist, so andererseits auch genügt. Die Rechtsmittel des Nebenklägers wirken also auch dann, wenn ihr Urheber sie nicht selbst weiter betreibt. Das Fernbleiben des Nebenklägers in der Hauptverhandlung über das Rechtsmittel ist somit unschädlich[37]).

Dagegen macht die Zurücknahme des Rechtsmittels durch den Nebenkläger das angefochtene Urteil rechtskräftig. Es geht nicht an, dass die Staatsanwaltschaft das zurückgenommene Mittel des Nebenklägers aufrecht hält[38]), da die Mitkläger von einander unabhängig sind. Hatte die Staatsanwaltschaft im Gegensatz zum Nebenkläger ihrerseits auf Rechtsmittel verzichtet oder die Frist verstreichen lassen, so ruht der Prozess fortan nur auf dem Rechtsmittelwillen des Nebenklägers.

## § 146.

### 2. Die Bussklage.

I. Neben ihrer bisher dargestellten Funktion — Betreibung der Bestrafung des Beschuldigten — haben sowohl die Privatklage wie auch die Nebenklage noch eine zweite Funktion: sie können dazu dienen, dem Privat- oder Nebenkläger zu einer ihm gebührenden Busse zu verhelfen, St.P.O. §§ 443, 446. Die beiden Funktionen sind an sich hierbei von einander ganz unabhängig: Privat- und Nebenklage können ausschliesslich als Strafklage, sie könnten denkbarerweise auch ausschliesslich als Bussklage geltend gemacht, es können endlich Straf- und Bussklagefunktion vom Kläger kumuliert werden. Doch erleidet das Gesagte eine Durchbrechung. Weil nämlich auf Busse immer nur

---

[36]) Löwe 5b zu § 441; Bennecke 664.

[37]) Daher ist nicht etwa § 431 Abs. 3 St.P.O. auf die nebenklägerische Berufung analog anzuwenden; v. Kries 214; Bennecke 665, Anm. 29; Kronecker G.A. XXXVIII, 143. A. M. Oppenheim, Nebenklage 13, 67; Löwe 3; Stenglein 3 zu § 441.

[38]) A. M. anscheinend Bennecke 665 Anm. 31.

neben einer Verurteilung zu Strafe erkannt werden kann[1]), so ist zwar eine Nebenklage als reine Bussklage denkbar[2]), dagegen kann die Privatklage nur als reine Strafklage oder als Straf- und Bussklage, niemals aber als reine Bussklage erhoben werden.

In welcher der beiden prozessualen Formen auch Busse begehrt werden mag, — jedenfalls ist die Bussklage stets eine eigene Klage, der Busskläger Partei[3]). Busskläger und Strafkläger stehen, insofern sie nicht dieselbe Person sind (Privatkläger), als Streitgenossen neben einander; die Bezeichnung „Nebenkläger" passt für den Busskläger im Grunde genommen nicht, da er Hauptpartei ist, wenn auch nur sozusagen eine zweite Hauptpartei[4]). Gänzlich unbeteiligt an der Bussklage ist die Staatsanwaltschaft; sie kann insbesondere keine Rechtsmittel bezüglich der Busse einlegen[5]).

II. Den Gegenstand der Bussklage bildet der civilrechtliche Bussanspruch. Seine civilrechtliche Natur zeigt sich in der Bestimmung, dass der Busskläger einen bestimmten Betrag begehren muss, und das Gericht nicht darüber hinaus erkennen darf, § 445 St.P.O.[6]). Auch im übrigen muss das Strafgericht auf den Buss-

---

[1]) Accessorische Natur des Bussanspruchs, oben S. 207 Anm. 29. Gegen die mit der H. M. übereinstimmende Auffassung des Textes Oppenheim, Nebenklage 72; Birkmeyer 331, welche die Bussklage nicht anerkennen wollen, sondern nur einen „Antrag auf Busse", der eine Privat- oder Nebenklage voraussetze; die Privat- und die Nebenklage hätten ausschliesslich Straffunktion. Aber nach der St.P.O. ist die prozessualische Form des Antrags auf Busse — und auf diese Form kommt es an — eben die Privat- oder Nebenklage.

[2]) Keineswegs ist in der Nebenbussklage die Nebenstrafklage mit enthalten. So Puchelt 2, 3; Keller 2 zu § 443. A. M. Löwe 2 zu § 443.

[3]) Bennecke 638.

[4]) Alleinige Hauptpartei kann er nur im Rechtsmittelverfahren unter Umständen werden, unten V, 1b.

[5]) Löwe 5 zu § 443 St.P.O.; Bennecke 666 Anm. 4, 670; vgl. Hergenhahn, G.A. XL, 414. A. M. Stenglein G.S. XXXV, 323.

[6]) Vgl. hierzu Hergenhahn a. a. O. Es gilt hier die Parömie: *Judex ne eat ultra petita partium*, wie im Civilprozess. Folgerichtig muss auch in der Rechtsmittelinstanz nur *intra petita* erkannt, es darf nicht in Ansehung der Busse *in pejus* reformiert werden, also auf ein Rechtsmittel des Bussklägers hin kann der Bussbetrag nicht herabgesetzt oder gar die Busse ganz versagt werden (a. M. Stenglein 8 zu § 444, G.S. XXXV, 316; Bennecke 673 Anm. 38), ebenso kann auf ein Rechtsmittel des zu Busse Verurteilten nicht auf höhere Busse erkannt werden; Löwe 2b zu § 445. Eine andere Frage ist die, ob im Sinne der §§ 372, 396 Abs. 2 St.P.O die Busse mit zu veranschlagen ist, wenn die grössere oder geringere Schwere des Urteils geprüft wird; ob also die Verhängung einer Busse neben der Strafe eine verbotene *reformatio in pejus* darstellen würde, falls das erste Urteil keine Busse verhängte. Die Frage ist zu verneinen. Ebenso E. XV, 439; R. IX, 279; Löwe 2b zu § 445; Bennecke 673. Danach ist der Fall zu beurteilen, dass eine Strafsache auf ein Rechtsmittel des Angeklagten hin in

anspruch prinzipiell die Sätze des Civilrechts anwenden, z. B. in Betreff eines vom Berechtigten erklärten Verzichts, der Schuldtilgung durch Zahlung u. s. w., demnach muss auch die etwa schon civilprozessual zuerkannte [7]) Entschädigungssumme auf die Busse angerechnet werden u. s w. Weil der Anspruch bürgerlichrechtlicher Natur ist, steht dem Bussberechtigten neben der Bussklage im Strafprozess auch der Weg der gewöhnlichen Entschädigungsklage im Civilprozess offen [8]), so aber, dass das auf Busse lautende (nicht auch das sie ablehnende) strafprozessuale Erkenntnis auch gegenüber weiteren Civilprozessen voll *res judicata* macht, St.G.B. § 188 Abs. 2 u. s. w. [9]).

Abgesehen aber von den vorstehend berührten Abnormitäten (§ 445 St.P.O.) spielt sich der Bussprozess ganz in den Formen des Strafprozesses ab [10]): Geständnis und Anerkenntnis sind nicht bindend, der Parteieid unzulässig, Anwaltszwang besteht nicht, die Parteien tragen weder Behauptungs-, noch Beweislast, somit sind „Einreden" auch von Amtswegen zu berücksichtigen u. s. w.

III. Bussklageberechtigt ist derjenige, der potentiell Bussansprüche haben kann [11]). Die Erben des Verletzten gehören dazu nicht, da der Bussanspruch unvererblich ist, § 444 Abs. 4 St.P.O. [12]).

Bussklagefähig ist natürlich nur der handlungsfähige Berechtigte; für den unfähigen Berechtigten übt der gesetzliche Vertreter das Bussklagerecht aus.

IV. Das Bussklage-Prozessverhältnis entsteht mit dem Augenblick, in dem eine Privat- oder Nebenbussklage entweder neu erhoben oder einer erhobenen Privat- oder Nebenstrafklage durch einen Antrag

---

die untere Instanz zurückverwiesen ist, und jetzt erst die Bussklage anhängig wird; es kann auf Busse erkannt werden, wiewohl das erste (aufgehobene) Urteil über sie schwieg.

[7]) Vgl. nachstehend im Text.

[8]) Der Civilprozessweg ist in den Fällen günstiger, in denen der Kläger einen Schadensersatzbetrag liquidieren will, der den in den Strafgesetzen bestimmten Maximalbetrag der Busse übersteigt. Im übrigen gestaltet sich der Strafprozessweg im allgemeinen für den Berechtigten vorteilhafter, vgl. das sogleich im Text zu Sagende.

[9]) Nicht auch umgekehrt. Das rechtskräftige Civilurteil macht für den Bussprozess nicht *res judicata*, R. V, 507, 734, Bennecke 670 Anm. 24, 672, nur versteht sich, dass der etwa im Civilprozess zuerkannte Betrag von dem Betrag der Busse abzuziehen ist, oben bei Anm. 7.

[10]) Dagegen kannte der Partikularstrafprozess vor der R.St.P.O. eine „Adhäsion" des Beschädigten, die zur Verbindung eines Civilprozesses mit dem Strafprozess führte, vgl. Planck 636 ff., Zachariae I, 223.

[11]) Hier schlägt der materielle Parteibegriff — oben § 68 III — durch.

[12]) Noch viel weniger ist eine Bussklage des ehemaligen gesetzlichen Vertreters des verstorbenen Bussberechtigten denkbar, E. XXIX, 140.

des Klägers die Funktion als Bussklage gegeben wird[13]). In jedem Falle kann aber das Verlangen auf Busse nur dann Berücksichtigung finden, wenn es vor der Verkündung des Urteils erster Instanz[14]) gestellt wird, § 444 Abs. 1 St.P.O. Dies rechtfertigt sich aus der Erwägung, dass der Bussanspruch, wenn auch accessorisch, so doch ein eigener Anspruch und vom Strafanspruch verschieden ist, ein Prozess über einen Anspruch aber nicht erst in höherer Instanz anfangen kann, sondern sich von unten aufbauen muss[15]).

Mit Erhebung der Bussklage ist der Bussanspruch im Strafprozess rechtshängig[16]), natürlich nur in der Richtung gegen den in Anspruch genommenen Beschuldigten[17]).

V. Für die Beendigung des Bussprozessverhältnisses gelten die allgemeinen oben §§ 143, 145 IX über das Erlöschen des Privat- und Nebenklage-Prozessverhältnisses entwickelten Sätze[18]) mit folgenden Modifikationen:

1. Das Bussklage-Prozessverhältnis geht, wenngleich es zu seiner Entstehung ein Strafklage-Prozessverhältnis voraussetzte, doch nicht notwendig mit letzterem unter. Die Accessorietät des Bussanspruchs bedingt nur das Vorliegen eines auf Strafe lautenden Urteils, auf welchem sich das Bussurteil aufbaut, nicht aber ist — was formalistisch

---

[13]) Im letzteren Falle, d. h. also, wenn bereits ordnungsmässig Privat- oder Nebenklage erhoben war, bedarf der Antrag auf Busse keiner besonderen Form, es genügt auch mündliche Antragstellung, Bennecke 669, R. VII, 616, Löwe 1b zu § 444. Umgekehrt ist mündliche Anbringung des Antrags in der Hauptverhandlung nicht etwa erforderlich, wie v. Kries 256, 737 annimmt, Bennecke 669 Anm. 22.

[14]) In der ersten Instanz befindet sich die Strafsache nicht bloss dann, wenn sie zum ersten Male dort verhandelt wird, sondern auch dann, wenn sie aus der höheren Instanz dorthin zurückverwiesen ist, R. IX, 279, E. XV, 439, Bennecke 669 Anm. 21. Vgl. dazu oben Anm. 6 a. E.

[15]) Vgl. v. Kries 211, Bennecke 662 Anm. 10. Ein Seitenstück dazu vgl. oben § 130 bei Anm. 5.

[16]) Die Rechtshängigkeit wirkt aber nur von Bussprozess zu Bussprozess. Im Civilprozess kann aus dem Obschweben eines Bussprozesses keine *exceptio litis pendentis* entnommen werden. A. M. Bennecke 669 Anm. 24, der aber für die Rechtskraft nicht die entsprechende Konsequenz zieht, vgl. oben Anm. 9. Dass im Bussprozess das Obschweben eines Civilprozesses nicht in Betracht kommt, nimmt auch Bennecke a. a. O. an.

[17]) Bennecke 670 Anm. 24 a. E.

[18]) Deshalb kann das Gericht nicht die Entscheidung über den Bussanspruch ablehnen (etwa unter Verweisung des Bussklägers auf den Civilprozessweg) — so wenig wie es sich einer Entscheidung über den Strafanspruch weigern kann. A. M. Birkmeyer 121, der sich auf den Wortlaut „es kann auf Busse erkannt werden“ beruft, während doch dieses „kann“ sich nicht auf das „Ob“ eines gerichtlichen Ausspruchs, sondern auf den Inhalt des letzteren bezieht. Eine andere Frage ist die — von Birkmeyer kombinierte — Frage, ob der Gang der prozessualen Ereignisse den Bussanspruch aus dem Prozess hinausdrängt. Hierüber unten Anm. 19.

und zwecklos wäre — nur *uno actu* erfolgende Aburteilung des Bussanspruchs mit dem Strafanspruch zugelassen.

Deshalb ist es sehr wohl zulässig, dass das Gericht ein auf Strafe lautendes Urteil fällt und die Bussklage späterer Aburteilung vorbehält, was namentlich dann sachgemäss ist, wenn die eigentliche Strafsache spruchreif ist, der Bussanspruch dagegen noch nicht[19].

Auch in die Rechtsmittelinstanz kann möglicherweise der Bussanspruch allein gelangen, während das Strafklageprozessverhältnis endigt. Hierbei sind aber scharf zwei Fälle zu scheiden, von denen nur der zweite hierher gehört.

a) Die Prozesserledigung in der unteren Instanz erfolgte anders, als durch ein auf Strafe lautendes Erkenntnis (Freisprechung, Einstellung u. s. w.) In diesem Falle ist der Bussanspruch *ipso jure* gegenstandslos geworden, so, dass nicht einmal eine Entscheidung über die Bussklage erforderlich ist, § 444 Abs. 3 St.P.O.

Solche prozesserledigende Entscheidungen kann der Busskläger als solcher auch nicht anfechten, da sich die Bussklage auf ihren Gegenstand (den Strafanspruch) nicht erstreckt. Wohl aber kann er in seiner Eigenschaft als Privatstrafkläger oder Nebenstrafklageberechtigter jene Entscheidungen anfechten unter gleichzeitiger Wiederholung seines Antrages auf Zuerkennung einer Busse[20].

Unmöglich ist dagegen eine Beschränkung des gegen ein nicht verurteilendes Urteil eingelegten Rechtsmittels auf den Bussanspruch allein aus dem formellen Grunde, weil ein Ausspruch über den Bussanspruch nicht vorliegt, aus dem materiellen Grunde, weil auf der unangefochten bleibenden Nichtverurteilung keine Busse aufgebaut werden kann.

Im Falle a) also kann sich das Bussklage-Prozessverhältnis nicht für sich allein in die höhere Instanz fortsetzen.

b) Ist dagegen ein auf Strafe lautendes Urteil ergangen, so ist der Busskläger berechtigt, ein Rechtsmittel einzulegen, wenn sein Bussanspruch verneint worden ist[21]. Denn da die Accessorietät nicht bedingt, dass Strafe und Busse *uno actu* verhängt werden[22], so kann der auf Strafe lautende Teil des Urteils für sich allein rechtskräftig werden, und auf ihm infolge der Rechtsmitteleinlegung später eine Verurteilung zu Busse aufgebaut werden; ebenso ist umgekehrt der Angeklagte befugt, gegenüber einem auf Strafe und Busse lautenden Urteil seine Anfechtung

---

[19]) Nicht zu rechtfertigen ist die Auffassung von E. IV, 389, R. V, 224, 590, Löwe 2 zu § 444, es müsse das Gericht solchenfalls die Beweiserhebung über den Bussanspruch ablehnen und sich auf Aburteilung des Strafanspruchs beschränken. Hiergegen mit Recht Bennecke 670 Anm. 28, Stenglein 2 zu § 444, E. I, 328, VII, 12, R. I, 493, IV, 662, X, 169. Aber auch die diametral entgegengesetzte Auffassung, dass die Aburteilung des spruchreifen Strafanspruchs aufgeschoben werden solle, bloss weil der Bussanspruch weitere Beweiserhebungen nötig macht, ist nicht haltbar.

[20]) Im wesentlichen übereinstimmend E. XI, 90; R. VI, 547; Löwe 6; v. Schwarze 3; Puchelt 4; Stenglein 6; v. Bomhard 4 zu § 444; Stenglein G.S. XXXV, 322; Voitus, Kontroversen II, 404; v. Kries 790, Freudenstein, Ehrenkränkungen 197. A. M. Keller 4 zu § 444, Dochow H. H. II, 374.

[21]) E. VII, 12, Binding, Grdr. 234.

[22]) Oben V 1.

auf die Busse allein zu beschränken [23]). Dagegen kann infolge der Accessorietät des Bussanspruchs der den letzteren bejahende Teil des Urteils nicht selbständig in Rechtskraft erwachsen, wenn die Verurteilung zu Strafe angefochten wird [24]). Die Anfechtung der kriminellen Verurteilung stellt auch die Verurteilung zu Busse in Frage [25]).

2. Der Tod des Bussklägers [26]) endigt stets den Bussprozess definitiv, auch dann, wenn die Busse durch Privatklage gefordert wurde, St.P.O. §§ 446, 444 Abs. 4 im Gegensatz zu § 433 Abs. 2 und 3.

3. Die Zurücknahme der Bussklage [27]) tilgt das Bussklagerecht des Zurücknehmenden nicht bloss im Falle der Privatklage (§ 432 St.P.O.), sondern auch im Falle der Nebenklage; die Nebenklage kann in ihrer Funktion als Bussklage [28]) nicht erneuert werden, § 444 Abs. 2 St.P.O. Dabei geht der Wille des Gesetzes augenscheinlich auch dahin, dass die Zurücknahme der Privatbussklage auch eine spätere Nebenbussklage ebenso sehr hindert, wie die Zurücknahme einer Nebenbussklage eine spätere Privatbussklage.

Nicht berührt wird dagegen durch die Zurücknahme und den Tod des Nebenklägers die Möglichkeit für den Berechtigten bezw. seinen Erben, Entschädigung im Civilprozesswege zu fordern [29]).

### II. Das strafprozessuale Mahnverfahren.

## § 147.

### 1. Allgemeines: Verfahren mit amtsrichterlichem Strafbefehl.

Das sogenannnte Mahnverfahren oder Mandatsverfahren [1]) durchbricht den Grundsatz des Strafprozesses, dass eine Strafverhängung

---

[23]) E. VII, 12, R. IV, 662, Bennecke 672, Löwe 10a zu § 444. Solchenfalls ist die Staatsanwaltschaft an dem weiteren Verfahren nicht mehr beteiligt, der Nebenkläger ist alleinige Hauptpartei geworden, (vgl. Kronecker G.A. XXXVIII, 143. Dagegen Löwe 5b zu § 441). Dies auch dann, wenn die Verhandlung und Entscheidung über die Busklage durch das Rechtsmittelgericht in die untere Instanz zurückverwiesen wird.

[24]) Sofern sich nicht die Anfechtuhg bloss auf die Höhe der Strafe bezieht.

[25]) Oben S. 441. Bennecke 672.

[26]) Falls er vor prozesserledigender Entscheidung erfolgte, vgl. oben § 143 Anm. 14; § 145 Anm. 30. Dagegen hindert der nach dieser erfolgende Tod nicht, dass die Entscheidung in Rechtskraft erwächst, vgl. oben S. 405 Anm. 2, Glaser II, 219. A. M. Stenglein 7, Löwe 7 zu § 444, Geyer 871, Stenglein G.S. XXXV, 324, Bennecke 668. Einverständnis herrscht darüber, dass, wenn der Nebenkläger erst nach Rechtskraft des auf Busse lautenden Urteil stirbt, die Erben die Vollstreckung veranlassen können.

[27]) Zulässig „bis zur Verkündung des Urteils", nicht etwa nur des Urteils erster Instanz. Bennecke 667 Anm. 9, Löwe 4, Stenglein 5 zu § 444, anders Glaser II, 17; auch in der Revisionsinstanz ist Zurücknahme statthaft; so: Keller 2, Puchelt 3, Thilo 2 zu § 444, v. Kries 738; a. M. Bennecke 667 Anm. 9, Stenglein 5, Löwe 4 zu § 444.

[28]) Vgl. dagegen oben § 145 bei Anm. 34.

[29]) Bennecke 668.

[1]) Öfter auch im Anschluss an das gemeine Prozessrecht als „summarisches" Verfahren bezeichnet. Das Lehrbuch verwendet diesen Ausdruck dagegen ausschliesslich

nur durch ordentlichen, nach Gewährung rechtlichen Gehörs an den Beschuldigten erfolgten, auf mündlicher Hauptverhandlung beruhenden Urteilsspruch des Richters stattfinden kann. Es ist nämlich ausnahmsweise, namentlich aus Gründen der Schnelligkeit und Wohlfeilheit, bei leichteren Deliktsfällen einmal zugelassen, dass eine Strafe ohne mündliche Hauptverhandlung durch den Richter festgesetzt wird, sodann aber sogar, dass diese Festsetzung gar nicht durch den Richter, sondern durch die Polizei oder die Zoll- oder Steuerverwaltungsbehörde erfolgt[2]).

Diese auf schriftlicher Grundlage ruhenden Straffestsetzungen werden mitunter unter der gemeinsamen Bezeichnung „Strafmandate“ begriffen. Die St.P.O. kennt eine gemeinsame Bezeichnung nicht, spricht vielmehr von

(amtsrichterlichem) Strafbefehl,
(polizeilicher) Strafverfügung,
und (administrativem) Strafbescheid.

Gemeinsam ist den drei Arten des Mahnverfahrens, dass sie von vorn herein nur einen Versuch der Prozesserledigung ohne Urteil darstellen[3]). Dem Beschuldigten steht in allen drei Fällen ein Rechtsbehelf offen, vermittelst dessen er die Strafsache zum ordentlichen Verfahren bringt. Macht er von diesem Rechtsbehelf keinen Gebrauch, dann hat es bei dem Mahnverfahren sein Bewenden. In anderem Falle hat sich das Mahnverfahren als misslungener Versuch erwiesen und es wird im ordentlichen Verfahren verhandelt, jedoch mit verschiedenen, im nachstehenden darzulegenden Modifikationen.

In keinem Falle ist das Mahnverfahren eine notwendige Vorstufe des ordentlichen Verfahrens. Ob der Versuch gemacht werden soll, die Sache im Wege des Mahnverfahrens zu erledigen, oder ob sofort das ordentliche Verfahren eingeleitet wird, ist durchaus in das Ermessen der beteiligten Behörden gestellt.

Im folgenden ist zunächst von dem „Strafbefehl“ zu handeln[4]).

I. Ein richterlicher Strafbefehl ist zulässig in denjenigen Strafsachen, die zur ursprünglichen Zuständigkeit der Schöffengerichte

---

für die Fälle des § 211 St.P.O., oben § 109 VI 1, weil für diese Fälle das Bedürfnis nach einer eigenen technischen Bezeichnung besteht, während das Mahnverfahren eben mit diesem letzteren Ausdruck hinreichend bezeichnet ist.

[2]) *De lege ferenda* stark angefochten von Binding, Grdr. 203.

[3]) Nicht als „antecipierte Urteile“, wie Meves, H. H. II, 385 (ebenso Birkmeyer 770) sich ausdrückt. Bennecke 674 Anm. 4.

[4]) Von der „Strafverfügung“ handelt § 148, von dem „Strafbescheid“ § 149.

gehören, unter Ausschluss der in § 27[3] bis [8] G.V.G. bezeichneten Vergehen, und zwar nur so, dass durch den Strafbefehl *in maximo* Geldstrafe von 150 Mark oder[5]) Freiheitsstrafe von sechs Wochen[6]) und neben der Geldstrafe oder Freiheitsstrafe nur Einziehung[7]) verhängt werden kann, § 447 St.P.O.[8]).

Ein Strafbefehl, der andere Massregeln verhängte, etwa Überweisung an die Landespolizeibehörde (§ 447 Abs. 3 St.P.O.), oder Busse u. s. w., müsste insoweit als nichtig angesehen werden.

II. Zuständig zum Erlass des Strafbefehls ist der Amtsrichter. Dem Klageformprinzip gemäss setzt der Erlass eines Strafbefehls aber Rechtshängigkeit der Sache voraus, d. h. es muss die öffentliche Klage durch die Staatsanwaltschaft[9]) erhoben worden sein, und zwar in der Sonderform eines schriftlichen Antrags auf Erlass eines Strafbefehls[10]).

Dieser Antrag muss, eben weil er Klage ist[11]), die allgemeinen Merkmale einer Klage aufweisen[12]): Bezeichnung des Beschuldigten,

---

[5]) Nicht „und", Geldstrafe und Freiheitsstrafe dürfen also nicht kumulativ neben einander verhängt werden. So v. Kries 739, Bennecke 676 Anm. 2. Binding, Grdr. 204. A. M. Stenglein 1, Löwe 2a zu § 447, v. Schwarze, Erörterungen 3, Hellweg-Dochow 348 Anm. 3.

[6]) Auch die subsidiär an Stelle uneinbringlicher Geldstrafe festgesetzte Freiheitsstrafe darf sechs Wochen nicht übersteigen, so die H. M. A. M. Puchelt 5 zu § 447.

[7]) Eine Sonderbestimmung giebt § 16 des Nahrungsmittelgesetzes vom 14. Mai 1879 dahin, dass der Strafbefehl auch die öffentliche Bekanntmachung der Verurteilung anordnen kann. Ebenso Gesetz vom 25. Juni 1887 betreffend den Verkehr mit blei- und zinkhaltigen Gegenständen, § 7, Gesetz betreffend die Verwendung gesundheitsschädlicher Farben vom 5. Juli 1887, § 14, Margarinegesetz vom 12. Juli 1887, § 6, Weingesetz vom 20. April 1892, § 10.

[8]) Im Falle der Realkonkurrenz handelt es sich um mehrere verbundene Strafsachen, um mehrere Strafansprüche, oben § 61 IV a. E. Die gesetzliche Maximalstrafhöhe bezieht sich aber ersichtlich nur auf jede Sache separat; dass die Gesamtstrafe sechs Wochen Freiheitsstrafe überschreitet, hindert den Erlass des Strafbefehls nicht. So v. Schwarze, Erörterungen 4, Stenglein 1* zu § 447. Dagegen die H. M., so: Meves, H. H. II, 390, v. Kries 740, Keller 6, Löwe 2a zu § 447, Binding, Grdr. 204, Birkmeyer 768.

[9]) Privatklage kommt nicht in Frage, vgl. §§ 447 St.P.O., 27[3] G.V.G.

[10]) Auf die in der regelrechten Form der Anklage erhobene Klage hin ist das Gericht nicht ermächtigt, einen Strafbefehl zu erlassen.

[11]) Vgl. St.P.O. § 451 (*verba* „die Klage fallen lässt") und Bennecke 677. Die gegenteiligen Ausführungen Ötkers 631 lassen die Unterscheidung von „Klage" und „Anklage" vermissen. Anklagefunktion hat der Antrag gewiss nur eventuell, unten III, 2, Klage ist er dagegen unbedingt. Wenn Ötker ferner den Strafbefehl selbst im Fall des Einspruchs als „Klage" qualifiziert, so muss diese Konstruktion daran scheitern, dass das Gericht nicht Klagen erheben kann. Der von Ötker betonte Umstand, dass der Antrag auf Strafbefehlserlass nach Erlass des Strafbefehls erst von eingelegtem Einspruch ab zurückziehbar ist, spricht nicht gegen seine Klagenatur.

[12]) Bennecke 677, Löwe 1a zu § 448, v. Kries 740.

sowie der That u. s. w.; daneben aber ist er auf eine bestimmte Strafe zu richten, § 448 St.P.O.

III. Die Entscheidung des Amtsrichters auf den Antrag baut sich auf den staatsanwaltschaftlichen Ermittelungsakten auf[13]). Dass der Beschuldigte in dem Ermittelungsverfahren gehört worden sei, ist nicht vorgeschrieben[14]).

Die Entscheidung des Amtsrichters kann verschieden ausfallen.

1. Deckt sich die Auffassung des Amtsrichters von der Sache in vollem Umfange[15]) mit der der Staatsanwaltschaft[16]), so erlässt er den Strafbefehl, und zwar ohne vorherige Verhandlung, §§ 448 Abs. 1 Satz 2, 447.

2. Findet der Amtsrichter Bedenken, die Strafe nach Massgabe des Antrages ohne Hauptverhandlung festzusetzen, so ist die Sache zur Hauptverhandlung zu bringen, § 448 Abs. 2 St.P.O., d. h. der Amtsrichter eröffnet das Hauptverfahren vor dem Schöffengericht[17]) oder beraumt, soweit die Voraussetzungen des § 211 St.P.O. vorliegen, geeignetenfalls ohne Eröffnungsbeschluss Termin zur Hauptverhandlung an. Die St.P.O. legt also dem Antrage der Staatsanwaltschaft die Eigenschaft einer eventuellen Anklage bei. Diese Bestimmung dient der Vereinfachung; ohne sie müsste der Antrag einfach abgelehnt, und dann von der Staatsanwaltschaft Klage im ordentlichen Verfahren erhoben werden.

In dieser Weise sind zu behandeln:

a) der Fall, dass der Amtsrichter den Strafanspruch zwar für gegeben erachtet, so jedoch, dass er die beantragte Höhe der Strafe nicht für zutreffend ansieht. Hier hat er zwar zunächst die Erklärung der Staatsanwaltschaft herbeizuführen, ob sie

---

[13]) Der Amtsrichter kann sich aber gemäss § 200 St.P.O. auch weitere Information verschaffen, unten III, 3.

[14]) Deshalb steht dem Mahnverfahren auch dann nichts im Wege, wenn der Beschuldigte abwesend ist. Bennecke 678, Keller 3, Dalcke 5, Löwe 4, Puchelt 3 zu § 447, Ullmann 558. A. M. Meves, H. H. II, 387, v. Schwarze, Erörterungen 5, Stenglein 2 zu § 447, Birkmeyer 768. Über den Erlass von Strafbefehlen gegen Jugendliche s. oben S. 257 bei Anm. 42.

[15]) D. h. sowohl in Ansehung der juristischen Würdigung der That, wie in Ansehung der anzuwendenden Gesetze und der Höhe der Strafe.

[16]) Dazu gehört auch, dass der Amtsrichter von der Schuld des Beschuldigten überzeugt ist, nicht anders, wie wenn er ihn durch Urteil verurteilen sollte. Eine Strafverhängung ohne Überzeugtsein von der Schuld würde gegen das Prinzip der materiellen Wahrheit verstossen. Vgl. oben § 69. A. M. Bennecke 678 Anm. 12, Binding, Grdr. 139, 2a, 204.

[17]) Bennecke 677. — Vor dem Schöffengericht wird dann die Sache ganz so behandelt, wie wenn regelmässige Klage erhoben wäre. A. M. Kohlrausch, Prozessuale Behandlung der Idealkonkurrenz, 31.



nicht unter Abänderung des ursprünglichen Antrages einer anderen Strafgrösse zustimme. Wird dies aber von der Staatsanwaltschaft verneint, so wird das Hauptverfahren vor dem Schöffengericht eröffnet, § 448 Abs. 2 Satz 2 St.P.O.

b) der Fall, dass der Amtsrichter von dem Bestehen des Strafanspruchs nicht voll überzeugt ist, oder die That unter einem anderen juristischen Gesichtspunkt für strafbar erachtet[18], immerhin aber „hinreichenden Verdacht" als vorhanden ansieht.

c) der Fall, dass der Amtsrichter nur eine Strafbefehlsvoraussetzung vermisst[19], z. B. der Antrag bezieht sich auf ein nicht strafbefehlsfähiges Delikt.

3. Erlass des Strafbefehls und Eröffnung des Hauptverfahrens sind aber nicht die einzigen Möglichkeiten. Hier wie sonst setzt die Eröffnung des Hauptverfahrens vielmehr voraus, dass die allgemeinen Prozessvoraussetzungen und daneben „hinreichender Verdacht" gegeben sind. Fehlt es daran, und hat auch ein etwaiger Zwischenbeschluss *ex* § 200 St.P.O.[20] keine Aufklärung gebracht[21], so darf das Hauptverfahren nicht eröffnet werden, es ist vielmehr der Antrag auf Strafbefehl samt der darin liegenden Eventualanklage konform mit § 202 St.P.O. zurückzuweisen, also jedes Verfahren abzulehnen[22].

IV. Der Inhalt des Strafbefehls ergiebt sich daraus, dass er seinem Wesen nach ein auf Strafe lautendes, Tenor und Gründe umfassendes Urteil ist; er muss demnach enthalten die Festsetzung der Strafe, die Bezeichnung der strafbaren Handlung[23] und des Strafgesetzes, ausserdem aber auch der Beweismittel[24]; wesentlich ist ihm ferner die Eröffnung, dass der Strafbefehl vollstreckbar werde, wenn der Beschuldigte nicht binnen einer Woche nach der Zustellung bei

---

[18]) Hierher gehört auch der Fall, dass der Amtsrichter ausser dem von der Staatsanwaltschaft in Bezug genommenen rechtlichen Gesichtspunkt noch einen anderen für ideell konkurrierend erachtet. A. M. Kohlrausch, Prozessuale Behandlung der Idealkonkurrenz 30.

[19]) Bennecke 677 zieht diesen Fall unter Ziffer 3 des Textes. Allein wenn nur die Strafbefehlsvoraussetzungen fehlen, so tritt die Eventualanklagefunktion des staatsanwaltschaftlichen Antrages in den Vordergrund, und über sie kann der Amtsrichter nicht hinwegschreiten.

[20]) Oben § 115 II.

[21]) Die Anwendbarkeit des § 200 St.P.O. ergiebt sich aus der Eventualanklagefunktion des staatsanwaltschaftlichen Antrages. Dagegen halten Bennecke 678, Löwe 4c, Stenglein 2 zu § 448, Meves H.H. II, 392, Dalcke 4, Keller 5 zu § 448 den Amtsrichter nicht für befugt, Zwischenermittelungen vorzunehmen. Wie im Text v. Kries 741, v. Schwarze 6, Puchelt 4 zu § 448, Binding Grdr. 204, Birkmeyer 769.

[22]) Bennecke 677, 678. Vgl. Meves H. H. II, 392, Geyer 872, v. Kries 740, Ullmann 559, Zimmerle G.S. L, 44.

[23]) Und zwar so, dass die That genügend individualisiert ist. Bennecke 678 Anm. 14.

[24]) Als begriffswesentlich kann die Angabe der Beweismittel aber nicht gelten.

dem Amtsgericht schriftlich oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers Einspruch erhebe, St.P.O. § 449.

Seiner Form nach muss der Strafbefehl schriftlich sein.

V. Gegen den Strafbefehl ist in der soeben angegebenen Frist und Form der Einspruch gegeben (dagegen kein anderer Rechtsbehelf[25])). Er besteht in der einfachen Willenserklärung des Beschuldigten[26]), dass er sich bei dem Strafbefehl nicht beruhige; einer Begründung bedarf es nicht. Bedient sich der Beschuldigte dieses Rechtsbehelfs nicht, so erlangt der Strafbefehl die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils, § 450 St.P.O.[27]). Das Gleiche muss gelten für den Fall des Verzichts auf Einspruch (§ 449 Abs. 2), sowie der Zurücknahme des Einspruchs[28]) (§ 451 St.P.O.). Ist dagegen form- und fristgerecht Einspruch eingelegt, so tritt nunmehr wieder der Charakter des staatsanwaltschaftlichen Antrages auf Strafbefehlserlass als einer Eventualanklage hervor: es schliesst sich ein Hauptverfahren an, mit der Modifikation freilich, dass ein Eröffnungsbeschluss nicht gefasst wird, § 451 St.P.O. Das Gesetz fasst den Strafbefehl also so auf, als enthalte er latent eine bedingte Eröffnung des Hauptverfahrens[29]). Anders, als im regulären Verfahren ist aber hier zugelassen, dass die Staatsanwaltschaft bis zum Beginn der Hauptverhandlung die Klage

[25]) Insonderheit nicht Wiederaufnahme des Verfahrens. Löwe 2 zu Buch 4, Mot. 219, v. Kries 742, Bennecke 773, Binding Grdr. 205, Birkmeyer 734, 770. A. M. Bennecke 679 Anm. 22, Stenglein 2 zu § 450, Friedländer Z. XVIII, 696.

[26]) Löwe 3, Keller 5 zu § 449, Stenglein 2, Puchelt 2 zu § 451, Ullmann 561, Bennecke 679, Meves H.H. II, 398 wollen in Analogie des § 340 St.P.O. ausser den Beschuldigten auch deren gesetzlichem Vertreter und Ehemanne die Befugnis zum Einspruch geben. Dann müsste folgerichtig auch auf solchen Einspruch hin die Möglichkeit härterer Bestrafung (unten VI) eröffnet werden, so ganz konsequent Bennecke a. a. O.; dagegen Löwe a. a. O. Indessen ist diese Analogie des Einspruchs mit den Rechtsmitteln nicht zuzugeben; Geyer 873, v. Kries 742, Binding Grdr. 205, Birkmeyer 771, Dalcke 3 zu § 451. Die Inkonzinnität zwischen dem Einspruch und den Rechtsmitteln zeigt sich besonders hinsichtlich des staatsanwaltschaftlichen Anfechtungsrechts. Wäre § 340 auf den Einspruch analog anzuwenden, so müsste es auch § 338 Abs. 2 sein, es müsste auch die Staatsanwaltschaft „zu Gunsten des Beschuldigten" Einspruch einlegen können. Davon kann aber schon deswegen keine Rede sein, weil der Einspruch die einseitige günstige Wirkung eben nicht haben kann.

[27]) Oben S. 423 ff. Die Rechtskraft kann aber möglicherweise später durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Ablauf der Einspruchsfrist (§ 44 St.P.O. oben S. 305 ff.) wieder beseitigt werden.

[28]) Zulässig bis zum Beginn der Hauptverhandlung. Längere Ausdehnung der Zurücknehmbarkeit wird *de lege ferenda* befürwortet von v. Kujawa, G.A. XLII, 380.

[29]) Birkmeyer 593 konstruiert erst die nach erfolgtem Einspruch erfolgende Aktenvorlegung seitens der Staatsanwaltschaft an das Gericht (gerade wie bei Strafverfügung und Strafbescheid, unten §§ 148, 149) als die Klageerhebung. Dem lässt sich nicht beipflichten. Die Klage ist bereits erhoben durch den Antrag auf Strafbefehl, s. oben bei Anm. 11.

fallen lassen kann[30]). Geschieht dies, so wird das Verfahren durch Beschluss eingestellt.

VI. Für die Hauptverhandlung vor dem Schöffengericht im Falle der Einspruchseinlegung gelten die gewöhnlichen Sätze[31]). Die Verhandlung ist eine solche erster Instanz, der vorangegangene Strafbefehl kommt — abgesehen von seiner Funktion als latenter Eröffnungsbeschluss — nicht mehr in Betracht, da der Einspruch ihn ausser Kraft gesetzt hat[32]). Deshalb ist auch das Urteil ganz frei; von dem Verbot der *reformatio in pejus* kann keine Rede sein, § 451 Abs. 3 St.P.O., die Auffassung des Strafbefehls von der Beschaffenheit der That und die im Strafbefehl festgesetzte Strafe wirken in keiner Weise einschränkend auf das Urteil ein. Auch formell ist das Urteil ganz unabhängig von dem Strafbefehl und ohne Beziehung zu ihm; es wird nicht auf „Aufhebung" oder „Aufrechterhaltung des Strafbefehls" erkannt.

Würde sich die Unzuständigkeit des Gerichts ergeben, so wäre wie im Normalverfahren ein Unzuständigkeits-Erklärungsbeschluss (§ 270 St.P.O.) zu erlassen[33]).

Besonderheiten der Hauptverhandlung sind jedoch folgende:

1. Der Angeklagte kann sich in der Hauptverhandlung durch einen mit schriftlicher Vollmacht versehenen Verteidiger vertreten lassen, § 451 Abs. 2 St.P.O.

2. Unentschuldigte Säumnis[34]) des Angeklagten in der Hauptverhandlung macht, sofern er auch nicht gehörig vertreten ist, seinen Einspruch formell hinfällig. Es wird in solchem Falle durch Kontumacial-(Formal-)Urteil „der Einspruch verworfen", ohne dass auf die Sache selbst irgendwie eingegangen würde[35]),

---

[30]) Diese Befugnis erhält die Staatsanwaltschaft aber erst vom Augenblick des Einspruchs an. Dem erlassenen, durch Einspruch nicht angefochtenen Strafbefehl kann die Staatsanwaltschaft nicht die Grundlage unter den Füssen wegziehen durch Klagerücknahme. Bennecke 680 Anm. 27, Löwe 6, Keller 4, Stenglein 1 zu § 451, Meves H.H. II, 398, Birkmeyer 771. A. M. Dalcke 1 zu § 451.

[31]) Zur Verlesung an Stelle des Eröffnungsbeschlusses kommt hier der den letzteren vertretende Strafbefehl.

[32]) Das Gericht „behandelt die Sache, als sei ein Strafbefehl gar nicht erlassen", Bennecke 681.

[33]) Oben S. 535 ff.

[34]) Unentschuldigte Säumnis liegt namentlich dann nicht vor, wenn der Angeklagte gemäss § 232 St.P.O. vom Erscheinen dispensiert ist.

[35]) Wohl aber muss nach allgemeinen Grundsätzen das Vorliegen der allgemeinen Prozessvoraussetzungen geprüft werden, sowie ob ein gültiger Strafbefehl vorliegt. Binding Grdr. 205. Abweichend Bennecke 681 Anm. 29, v. Kries 744, Stenglein 1 zu § 451.

§ 452 St.P.O. Durch dieses Urteil kommt der Strafbefehl wieder zu Kräften.

Dieses Versäumnisurteil ist anfechtbar mittels Berufung wie jedes erstinstanzliche Schöffengerichtsurteil. Der ersten Instanz aber bleibt der Angeklagte dauernd verlustig [36]). Ausserdem hat der Angeklagte aber unter den gewöhnlichen Voraussetzungen [37]) gegenüber dem Versäumnisurteil auch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, es müsste denn sein, dass er bereits gegen den Ablauf der Einspruchsfrist wiedereingesetzt worden war, § 452 Abs. 2 St.P.O. Wird ihm die Wiedereinsetzung gegen das Urteil gewährt, so ist ihm damit die erste Instanz noch einmal eröffnet.

## § 148.

### 2. Verfahren mit polizeilicher Strafverfügung.

Der amtsrichterliche Strafbefehl ist, wenngleich er die mündliche Verhandlung umgeht, immerhin noch insofern im Einklang mit den allgemeinen Grundsätzen des Strafprozessrechts, als bei ihm die Strafe durch den Richter verhängt wird. Noch weiter entfernt sich von jenen allgemeinen Grundsätzen die Strafverfügung, die kein richterlicher, sondern ein polizeilicher Straffestsetzungsakt ist [1]).

I. Die Fähigkeit, Strafen zu verhängen, legt nun zwar die St.P.O. selbst den Polizeibehörden nicht bei. Wohl aber gewährt sie in dieser Hinsicht dem Landesrecht gewissen Spielraum [2]). Nach § 453 Abs. 1 und 2 St.P.O. kann nämlich das Landesrecht den Polizeibehörden die Verhängung von Strafen [3]) insoweit übertragen [4]), als es sich um

[36]) Dagegen kann der Meinung — Löwe 3 zu § 452, Bennecke 682 Anm. 33, Kammergericht bei Johow IX, 162 — nicht beigepflichtet werden, dass in der Berufungsinstanz nur zu prüfen sei, ob der Einspruch zu Unrecht verworfen worden sei. Die Berufungsverhandlung ist *judicium novum*, zweite Erstinstanz, der Angeklagte heilt also durch Erscheinen in ihr seine erstinstanzliche Säumnis, wenn auch nur *ex nunc*. Der civilprozessuale Satz *Contumax non appellat* (§ 513 C.P.O.) gilt eben im Strafprozess nicht, vgl. oben S. 572 Anm. 5.

[37]) Oben S. 308.

[1]) Entsprechendes gilt für den Strafbescheid, § 149.

[2]) Daneben kommen noch die Straffestsetzungen in Betracht, zu denen das neben der St.P.O. geltende Reichsrecht (§ 5 E.St.P.O.) gewisse Polizeiorgane ermächtigt (so § 101 der Seemannsordnung vom 25. Dezember 1872, vgl. dazu E.St.P.O. § 5 Abs. 2).

[3]) Hierbei ist natürlich nur an die Strafen im eigentlichen Sinne zu denken, oben S. 5 Anm. 4, S. 202 Anm. 6. Inwieweit die Polizei „Zwangsstrafen" *(executiones ad faciendum)* und dergleichen verhängen kann, ist eine verwaltungsrechtliche, nicht strafprozessuale Frage, vgl. z. B. preussisches Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung vom 30. Juli 1883 §§ 132 ff.

[4]) Auch insoweit dem betreffenden Staate die Polizeistrafverfügung vor der St.P.O. nicht bekannt war. Löwe 2a zu § 453 St.P.O., 11 zu E.St.P.O. § 6, 2b zu § 13 G.V.G., Bennecke 683 Anm. 6, v. Kries 745, Birkmeyer 774, Meves H. H. II, 409. A. M. John I, 92, Binding Grdr. 45 II 2a.

„Übertretungen" im technischen Sinne (St.G.B. § 1) handelt und die *in concreto* zu verhängende Strafe sich höchstens auf zwei Wochen Haft oder Geldstrafe nebst der im Unvermögensfalle an ihre Stelle tretende Haft, sowie Einziehung beläuft.

Gleichgültig ist dabei, von welchem Organ das Strafgesetz herrührt, auf Grund dessen die Polizei die Strafe verhängt. Insonderheit ist die Polizei nicht etwa beschränkt auf Festsetzung der in einer Polizeistrafverordnung angedrohten Strafe; ja nicht einmal auf Festsetzung der landesstrafrechtlich angedrohten Strafen; vielmehr kann das Landesrecht auch die reichsgesetzlich fixierten Übertretungen der Polizei überweisen.

Ebenso hat die Natur des Delikts als „Polizeidelikts" („reinen Ungehorsams") mit der Frage, ob eine polizeiliche Strafverfügung erlassen werden kann, gar nichts zu thun. Eine polizeiliche Strafverfügung kann auch bei einem „Verletzungs"- oder „Gefährdungsdelikt" [5]), insoweit es nur mit Übertretungsstrafe bedroht ist (z. B. St.G.B. § 368 [6], [7]) erlassen werden.

Die reichsrechtliche Ermächtigung wird aber nicht dahin zu verstehen sein, als könne das Landesrecht den Gerichten die Befugnis zur Strafverhängung nehmen und sie ausschliesslich auf die Polizeibehörden übertragen, so, dass das Gericht immer nur nach polizeilicher Festsetzung [6]) zu entscheiden berufen wäre und eine sofort von vorn herein erfolgte gerichtliche Strafverhängung ungültig wäre. Vielmehr kann nur angenommen werden, dass landesrechtlich den Polizeibehörden eine konkurrierende Befugnis verliehen werden darf.

Ob und inwieweit die Einzelstaaten von dieser Ermächtigung Gebrauch machen, ist ihre Sache [7]).

II. Der Einzelstaat, der von der reichsrechtlichen Ermächtigung Gebrauch macht, ist weiter auch befugt, das von der Polizeibehörde einzuschlagende Verfahren zu regeln, § 6[3] E.St.P.O. Dagegen werden die Polizeibehörden von den allgemeinen Prozessvoraussetzungen des Reichsrechts, insoweit sie nicht ein spezifisch gerichtliches Verfahren betreffen [8]), durch Landesrecht nicht entbunden werden können. Wo z. B. rechtskräftiges Urteil vorliegt, oder Rechtshängigkeit gegeben ist, wird die Polizeibehörde sowenig wie das

---

[5]) Vgl. v. Liszt § 32 I, Binding, Normen I, 179, 204, H. Meyer § 4, 2c, Beling, Grundzüge des Strafrechts 27, § 27 III 2.

[6]) Unten von V ab.

[7]) Preussen hat durch Gesetz vom 23. April 1883 die polizeilich festzusetzende Strafe nur bis zum Höchstmass von drei Tagen Haft oder 30 Mark Geldstrafe (und Einziehung) zugelassen. Bayern hat von der reichsrechtlichen Ermächtigung keinen Gebrauch gemacht.

[8]) Wie z. B. die Notwendigkeit staatsanwaltschaftlicher Klage.

Gericht in der Lage sein, ein neues Verfahren vorzunehmen[9]). Die Polizeibehörde ist gewissermassen nur Stellvertreterin des Gerichts.

III. Bindend ist reichsrechtlich der Inhalt vorgeschrieben, den eine Strafverfügung haben muss; es muss nämlich nach St.P.O. § 453 Abs. 3 der Inhalt dem eines amtsrichterlichen Strafbefehls entsprechen, nur mit der Massgabe, dass der Hinweis auf die dem Beschuldigten zustehenden Rechtsbehelfe gemäss dem unten V Auszuführenden sich hier anders gestaltet.

IV. Die Strafverfügung als solche hat, weil sie jenseits eines gerichtlichen Verfahrens liegt, weder die Wirkungen der Klage, noch die einer „Eröffnung der Untersuchung", noch die eines Urteils. Insbesondere bewirkt sie nicht Rechtshängigkeit[10]).

V. Ob die Strafverfügung von dem Beschuldigten mittels Beschwerde bei der höheren Polizeibehörde (Rekursweg) angefochten werden kann, richtet sich nach Landesrecht.

Bindend ist dagegen durch das Reichsrecht vorgeschrieben, dass dem Beschuldigten zur Anfechtung der Strafverfügung jedenfalls ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung zusteht, St.P.O. § 453 Abs 3. Der Antrag ist aber an die Frist von einer Woche[12]) von Zustellung der Polizeiverfügung ab gebunden[13]) und muss seiner Form nach bei der Polizeibehörde, die die Verfügung erlassen hat, schriftlich oder mündlich, oder bei dem zuständigen Amtsgericht schriftlich oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers angebracht werden, §§ 453 Abs. 3, 454 St.P.O. Mit (zulässiger) Anbringung des Antrages tritt die Strafverfügung ausser Kraft.

VI. Möglicherweise kann sich nunmehr nach Anbringung des Antrages auf gerichtliche Entscheidung die Sache dadurch erledigen, dass die Polizeibehörde die Verfügung auch formell zurücknimmt,

---

[9]) Preussen erklärt dementsprechend und sogar weitergehend in § 8 des Gesetzes vom 23. April 1883 die Strafverfügung für wirkungslos, sofern der Amtsanwalt vor Zustellung der Polizeistrafverfügung an den Beschuldigten eingeschritten ist.

[10]) So Bennecke 684. A. M. Ötker 632, v. Kries 746. — Auf materiellrechtlichem Gebiet liegt die Bestimmung des § 453 Abs. 4 St.P.O., wonach die Strafverfügung die Verjährung unterbricht.

[11]) Gewährt das Landesrecht auch die polizeiliche Beschwerde, so stehen die beiden Rechtsbehelfe elektiv, nicht kumulativ neben einander. Bennecke 683 Anm. 6. Löwe 6 zu § 453.

[12]) Gegen den Strafbescheid des Seemannsamts (§ 101 der Seemannsordnung, vgl. oben Anm. 2) ist eine 10tägige Antragsfrist gegeben (diese Bestimmung ist gemäss § 5 E.St.P.O. noch als geltend anzusehen).

[13]) Es finden jedoch die Bestimmungen über Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, §§ 44 ff. St.P.O. mit einigen Modifikationen Anwendung, St.P.O. § 455.

§ 454 Abs. 2 St.P.O.[14]). Geschieht dies nicht, so übersendet die Polizeibehörde die Akten der zuständigen Staatsanwaltschaft, und diese legt die Akten dem Amtsrichter vor[15]), § 454 St.P.O. In der staatsanwaltschaftlichen Aktenvorlegung liegt die öffentliche Klage[16]); mit ihr ist somit die Sache bei Gericht rechtshängig geworden[17]). Der Einreichung einer Anklageschrift bedarf es nicht, § 456 St.P.O.

Der Klage steht das Gericht hier anders als sonst gegenüber. Es hat nur zu prüfen, ob eine Polizeistrafverfügung und ein gültiger Antrag auf gerichtliche Entscheidung vorliegen, sowie ob die allgemeinen Prozessvoraussetzungen gegeben sind[18]), ob also z. B. der Beschuldigte nicht gerichtsfrei ist u. s. w.; — nicht aber ob hinreichender Verdacht der That obwaltet; auch die Gültigkeit und Zulässigkeit der Strafverfügung ist in diesem Stadium des Verfahrens nicht zu prüfen; sie ist keine Prozessvoraussetzung für das gerichtliche Verfahren; gegen eine ungültige oder unzulässige Strafverfügung ist vielmehr das gerichtliche Verfahren erst recht geboten[19]).

Sofern der Antrag des Beschuldigten verspätet oder nicht formgerecht eingelegt worden ist, wird er durch Beschluss zurückgewiesen[20]). Damit kommt die Strafverfügung wieder zu Kräften.

Ist der Antrag zulässig, aber die Strafverfolgung wegen Fehlens einer Prozessvoraussetzung unzulässig, so ist die Klage (oben bei Anm. 16) zurückzuweisen; eine Entscheidung über den Antrag des Beschuldigten ergeht alsdann nicht, wird vielmehr abgelehnt; in solchem Falle bleibt die polizeiliche Strafverfügung unerledigt und somit kraftlos.

Anderenfalls ist zur Hauptverhandlung vor dem Schöffengericht zu schreiten, § 456 St.P.O. In der Anberaumung des Termins hierzu liegt latent die Eröffnung des Hauptverfahrens.

---

[14]) Konsumierende Wirkung kommt dieser Zurücknahme jedoch nicht zu, Bennecke 685 Anm. 16; Stenglein 4 zu § 454.

[15]) Zur Zurücknahme der Strafverfügung ist die Staatsanwaltschaft natürlich nicht befugt.

[16]) So richtig Birkmeyer 593.

[17]) Nicht zutreffend Löwe 3 zu § 456: das Gericht werde nicht durch einen Akt der Staatsanwaltschaft, sondern durch den Antrag des Beschuldigten mit der Sache befasst. Richtig Bennecke 685.

[18]) A. M. Löwe 3 zu § 456, der das gerichtliche Verfahren auch dann zulassen will, wenn die Strafverfolgung ausgeschlossen ist. Das ist eine *contradictio in adjecto.*

[19]) Löwe 3 zu § 456, Stenglein, G.S. XLIII, 23, 2 zu § 456, vgl. auch E. XVII, 249, R. X, 181, Bennecke 686 Anm. 20, Ötker 632. A. M. Huther, G.A. XXXVII, 136, XL, 112.

[20]) Darin liegt *implicite* eine Zurückweisung auch der Klage.

VII. Das anschliessende Verfahren weist nun die Eigentümlichkeit auf, dass es den Prozessgegenstand nicht total, sondern nur qualitativ geteilt ergreift. Dem Gericht ist zwar nicht verwehrt, den Strafanspruch nach allen Seiten hin zu prüfen. Ein Sachurteil kann es aber gleichwohl nur unter der Voraussetzung abgeben, dass die juristische Würdigung die That nicht als eine solche erscheinen lässt, bei der polizeiliche Strafverfügungen ausgeschlossen sind[21]).

VIII. In der Hauptverhandlung ist der Angeklagte befugt, sich durch einen mit schriftlicher Vollmacht versehenen Verteidiger vertreten zu lassen, § 457 Abs. 2 St.P.O. Bleibt er aus, ohne vertreten zu sein, so greifen die gewöhnlichen Bestimmungen über Absenzverhandlungen, §§ 231 ff. St.P.O.[22]), Platz[23]); ein Kontumacialurteil, wie bei dem Strafbefehlsverfahren, auf Verwerfung des Antrages auf gerichtliche Entscheidung lautend, ergeht nicht; das Gesetz will die richterliche Prüfung nicht abschneiden, wenn die Sache einmal so weit gediehen ist.

IX. Stellt sich in der Hauptverhandlung heraus, dass ein gültiger und zulässiger Antrag des Beschuldigten auf gerichtliche Entscheidung nicht vorliegt, so ist das Verfahren durch Beschluss einzustellen[24]), womit die fortdauernde Gültigkeit der polizeilichen Strafverfügung deklariert ist.

X. Das Urteil, es sei in Gegenwart oder in Abwesenheit des Angeklagten erlassen, ist von der Strafverfügung nach Form und Inhalt völlig unabhängig. Die Sache wird abgeurteilt, wie wenn nicht eine Strafverfügung erlassen, sondern Anklage erhoben wäre, § 457 St.P.O. Das Urteil macht *res judicata* auch hinsichtlich der in ihm liegenden latenten Freisprechungen.

Kommt freilich das Gericht zu der Auffassung, dass für die That die Zulässigkeit einer Strafverfügung nicht gegeben war[25]), so hat es sich auf ein Formalurteil zu beschränken des Inhalts, dass die Strafverfügung aufgehoben werde, § 458 St.P.O. Als Formalurteil

---

[21]) Vgl. unten X.
[22]) Oben S. 520 ff.
[23]) Bennecke 686.
[24]) Bennecke 686.
[25]) D. h., dass die juristische Qualifikation der That gerichtliche Aburteilung forderte; hat die polizeiliche Verfügung nur die ihr in Ansehung der Art oder Höhe der Strafe gesetzten Schranken überschritten, so trifft § 458 St.P.O. nicht zu, das Gericht hat hier vielmehr Sachurteil zu erlassen. Löwe 1 zu § 458, Bennecke 687 Anm. 23.

macht dieses Urteil nicht *res judicata.* Das Weitere hängt von der zu erwartenden öffentlichen Klage ab.

Würde das Gericht entgegen dem § 458 ein Sachurteil fällen, so würde es seine Befugnis überschreiten, das Urteil wäre nicht gültig und könnte nicht in Rechtskraft erwachsen[26]).

Folgerichtig ergiebt sich aus § 458 St.P.O. ferner auch, dass in den einschlägigen Fällen das Gericht nicht in der Lage ist, einen Unzuständigkeitserklärungsbeschluss nach § 270 St.P.O. zu erlassen[27]); denn das Gericht höherer Ordnung könnte, da keine regelrechte Klage erhoben ist, eben auch kein Sachurteil über die betreffende Qualifikation der That erlassen. Wäre dem entgegen ein Beschluss *ex* § 270 St.P.O. ergangen, so müsste das nunmehr befasste höhere Gericht seinerseits sich auf das Formalurteil des § 458 St.P.O. beschränken[28]).

XI. Die Polizeibehörde nimmt in dem Verfahren keinerlei prozessuale Stellung ein, kann daher namentlich auch nicht etwa Rechtsmittel einlegen.

XII. Sofern der Beschuldigte nicht in zulässiger Weise sich des Antrages auf gerichtliche Entscheidung bedient hat oder aber den Antrag zurückgenommen hat[29]), erwächst die polizeiliche Strafverfügung in formelle Rechtskraft; sie ist also namentlich fortan befähigt, vollstreckt zu werden.

Dagegen ist die Strafverfügung der materiellen Rechtskraft dauernd unteilhaftig, sodass sie einem neuen Strafverfahren nicht im Wege steht[30]). Dies ergiebt sich schon daraus, dass eine dem § 450 St.P.O.[31]) analoge Bestimmung fehlt. Auch die Einzelstaaten können nicht[32]) für befugt erachtet werden, die Strafverfügung mit materieller Rechtskraft gegenüber einem neuen gerichtlichen Verfahren auszustatten[33]). Nur soviel können sie gemäss § 6³ St.P.O. bestimmen,

---

[26]) A. M. E. XXIII, 307. Richtig die Auffassung der staatsanwaltschaftlichen Revision daselbst.

[27]) Bennecke 687, Anm. 25, E. V, 243, R. V, 691, Löwe 2 zu § 458, Reichsgericht in G.A. XXXVII, 191.

[28]) Inkonsequentermassen nimmt das Reichsgericht (vgl. die Citate in Anm. 27) an, dass solchenfalls das Gericht höherer Ordnung ein Sachurteil erlassen müsse; ebenso Stenglein 3 zu § 458. Wie im Text Löwe 2 zu § 458, v. Kries 749, Ullmann 566 Anm. 2, wohl auch Ötker 632.

[29]) Dies ist zulässig bis zum Beginn der Hauptverhandlung, § 456 Abs. 2 St.P.O.

[30]) So Bennecke 715 Anm. 29, 685, Friedmann, Grünhuts Ztschr. XXIII, 595. A. M. v. Kries 597, Birkmeyer 775, 778, die der Strafverfügung völlig konsumierende Kraft zuweisen, Löwe 29a zu Buch 2 Abschn. 1, der insoweit Rechtskraft eintreten lässt, als über die That eine Strafverfügung zulässig war, nicht in Ansehung darüber hinausgehender Qualifikationen der That. Wie Löwe auch E. II, 211, XXII, 232, R. II, 18, V, 570, VII, 132.

[31]) Oben S. 423.

[32]) Wie Geyer 877 will.

[33]) Insoweit ungültig § 10 des preussischen Gesetzes vom 23. April 1883. Die Auffassung Benneckes 685—686, 715 Anm. 28 in betreff der landesrechtlichen Regelung deckt sich wohl mit dem im Text Gesagten.

dass ein anderweites polizeiliches Strafverfügungsverfahren unzulässig sein solle[34]).

§ 149.

### 3. Verfahren mit administrativem Strafbescheid.

Der polizeilichen Strafverfügung sehr ähnlich ist der sogenannte administrative Strafbescheid. Wie die Strafverfügung, so fusst auch der Strafbescheid nicht unmittelbar auf der St.P.O.; vielmehr ist es Sache der Landesgesetzgebung, den Verwaltungsbehörden die Befugnis zum Erlass von Strafbescheiden zu geben[1]).

I. Der Landesgesetzgebung freigegeben ist in dieser Hinsicht das Gebiet der „Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Erhebung öffentlicher Abgaben und Gefälle", d. h. der Zoll- und Steuerdelikte[2]), sie seien durch Reichs- oder durch Landesstrafrecht mit Strafe bedroht, sie seien „Übertretungen" oder „Vergehen", sie seien „Defraudationen" oder „Kontraventionen". Dabei kann aber der Strafbescheid nur auf Geldstrafe — ohne Maximalgrenze — und Einziehung lauten, nicht auf Freiheitsstrafe, nicht einmal auf subsidiäre Freiheitsstrafe[3]), § 459 St.P.O.

II. Das administrative Verfahren, in dem der Strafbescheid erlassen wird, richtet sich nach landesrechtlicher Normierung[4]), § 6[8]

---

[34]) Nur mit dieser Beschränkung ist gültig (vgl. vorige Anm.) § 10 des Preussischen Gesetzes vom 23. April 1883.

[1]) Daneben ist der Strafbescheid auch dem neben der St P.O. geltenden Reichsrecht (E.St.P.O. § 5) nicht fremd, vgl. z. B. §§ 17 und 22 des Gesetzes zum Schutze der Warenzeichen vom 12. Mai 1894. S. auch Binding Grdr. 54.

[2]) Vgl. dazu Bennecke 688 Anm. 3, 689 Anm. 4, Löwe 4 zu Buch 6 Abschn. 3, v. Lilienthal „Strafbescheid" in H. R.Lex.

[3]) Auch die subsidiäre Haftbarkeit eines Dritten für die Strafe ist in § 459 St.P.O nicht erwähnt, folglich kann sie durch administrativen Strafbescheid nicht ausgesprochen werden. Der § 2 des Preussischen Gesetzes vom 26. Juli 1897 ist deshalb insoweit ungültig. Das wird von der Praxis, vgl. Bonnenberg, Strafverfahren in Zoll- und Steuersachen 11 zu § 2, bestritten, weil die subsidiäre Haftung Geldstrafe sei; vgl. auch Bennecke 689 Anm. 9, v. Kries 228, E. XVI, 109, Löwe 1 b zu § 459. Vgl. hiergegen Kronecker G.A. XXVIII, 16, dem indess insofern nicht beizutreten ist, als er die subsidiäre Haftung als civilrechtliche (nicht vielmehr als publizistische) Schuld auffasst. (Streng zu trennen von der subsidiären Haftung für die Geldstrafe ist die subsidiäre Haftung für die Gefälle selbst und für die Kosten; diese hat mit dem Strafverfahren nichts gemein und gehört ausschliesslich auf den Verwaltungsweg. So Bonnenberg, Strafverfahren in Zoll- und Steuersachen 23, 172, 302. A. M. teilweise E. XII, 212, XVI. 109, XXII, 42, XXVII, 325, Havenstein, Jur. L.-Bl. XI, 216). Ein Verweis darf durch den Strafbescheid ebenfalls nicht verhängt werden; Havenstein, Jur. L.-Bl. XI, 216. Unrichtig Bonnenberg, Strafverfahren in Zoll- und Steuersachen 43, 162, 208.

[4]) Doch ist reichsrechtlich den Verwaltungsbehörden hierbei Rechtshülfe seitens anderer Behörden gesichert, Reichsgesetz vom 9. Juni 1895, vgl. Binding Grdr. 77 V und Bonnenberg a. a. O. 429.

E.St.P.O.[5]). Preussen hat den Gegenstand umfassend geregelt durch Gesetz vom 26. Juli 1897 betreffend das Verwaltungsstrafverfahren bei Zuwiderhandlungen gegen die Zollgesetze u. s. w.[6]).

Dagegen werden, wie bei den Strafverfügungen [7]), so auch hier die allgemeinen Prozessvoraussetzungen des Reichsrechts zu beachten sein, derart, dass z. B. ein Strafbescheid über eine rechtskräftig abgeurteilte Sache ungültig ist.

III. Den Inhalt des Strafbescheids fixiert § 459 St.P.O. übereinstimmend mit dem Inhalt einer polizeilichen Strafverfügung[8]). Rechtshängigkeit begründende Wirkung kann dem Strafbescheide ebensowenig wie der Strafverfügung zugeschrieben werden[9]).

IV. Auch in Ansehung der Anfechtbarkeit gilt für den Strafbescheid Entsprechendes wie für die Strafverfügung. Danach ist also jedenfalls kraft zwingender reichsrechtlicher Vorschrift binnen einer Woche[10]) ein „Antrag auf gerichtliche Entscheidung" statthaft[11]); nur muss dieser, um gültig zu sein, immer bei der Verwaltungsbehörde, die den Bescheid erlassen, oder bei derjenigen, die ihn bekannt gemacht hat, gestellt sein, Stellung des Antrages bei Gericht ist nicht zugelassen, § 459 Abs. 2 St.P.O.

---

[5]) Der allgemein lautende Wortlaut des § 6 [3] E.St.P.O. rechtfertigt übrigens nicht bloss die Zulässigkeit des Strafbescheids, sondern auch die Zulässigkeit des sogenannten Submissions-(Unterwerfungs-)verfahrens *(reus se submittit poenae)*, welches die freiwillige Unterwerfung des Beschuldigten unter die Strafe zum Inhalt hat; vgl. dazu preussisches Gesetz vom 26. Juli 1897 §§ 20, 21. Übereinstimmend Löwe 2 b zu Buch 6 Abschnitt 3, Dalcke 4, Puchelt 9 zu § 459, Meves H.H. II, 439, v. Lilienthal, H. R.Lex. „Strafbescheid", Arndt Z. V, 280, 295, Stenglein 2 zu § 460, Ullmann 567, v. Kries 750 Anm. 1, Bennecke 688 Anm. 1; Birkmeyer 780; Bonnenberg 130 ff. A. M. Keller 3 zu § 459.

[6]) S. dazu Bonnenberg, Das Strafverfahren in Zoll- und Steuersachen, 2. Aufl. Berlin 1899. Vgl. ferner Merkel, Das Verfahren bei Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Erhebung öffentlicher Abgaben und Gefälle im Königreich Sachsen, Leipzig 1891; Arndt Z. V, 277, Meves H.H. II, 436. Über die bayrische Gesetzgebung s. Birkmeyer 51.

[7]) Oben § 148 II.

[8]) Mit dem Strafbescheid kann möglicherweise ein anderweiter Ausspruch der Verwaltungsbehörde, z. B. über Nachzahlung hinterzogener Gefälle, verbunden sein, der aber begrifflich nicht etwa einen Teil des Strafbescheids darstellt, deshalb auch nicht unter die Bestimmungen der St.P.O. über Antrag auf gerichtliche Entscheidung fällt. Löwe 4 zu § 459. A. M. Stenglein 7 zu § 460.

[9]) Übereinstimmend Bennecke 689. A. M. Ötker 632. — Unterbrechung der Verjährung bewirkt der Strafbescheid ebenso wie die Strafverfügung, § 459 Abs. 3.

[10]) Gegen deren Versäumung ist in demselben Umfang, wie bei der Strafverfügung (St.P.O. § 455), Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zulässig, St.P.O. § 461.

[11]) Und zwar handelt es sich um strafgerichtliche Entscheidung; auf den Civilprozessweg kann die Landesgesetzgebung den Antrag nicht verweisen, E. in Civilsachen XVI, 410, XVII, 431, Bennecke 688 Anm. 5, Löwe 3 zu Buch 6 Abschn. 3.

Ob der Antrag in bestimmter Form zu stellen ist, hat angesichts des Schweigens der St.P.O. das Landesrecht zu bestimmen[12]).

Ob neben dem Antrag auf gerichtliche Entscheidung elektiv ein Rechtsmittelzug an die vorgesetzte Verwaltungsbehörde eröffnet ist, richtet sich ebenfalls nach Landesrecht.

V. Wird ein (gültiger) Antrag auf gerichtliche Entscheidung angebracht, so tritt damit der Strafbescheid ausser Kraft. Das gerichtliche Verfahren, das sich anschliesst, wenn die Behörde ihren Bescheid nicht zurücknimmt[13]), ist im wesentlichen gleichgeartet wie das sich an eine polizeiliche Strafverfügung anschliessende Verfahren: die Polizeibehörde übersendet die Akten an die Staatsanwaltschaft, diese legt sie dem Gericht[14]) vor, § 460 St.P.O., womit die Klage erhoben ist[15]); eine Anklageschrift braucht auch hier nicht eingereicht zu werden, § 462 St.P.O.

VI. Die dem Gericht auf die Klage hin obliegende Prüfung ist genau die gleiche, wie bei der Anfechtung einer polizeilichen Strafverfügung[16]); ebenso wird auch ein Eröffnungsbeschluss nicht gefasst, sondern die Sache ohne solchen zur Hauptverhandlung gebracht; in der Terminsansetzung liegt die Eröffnung des Hauptverfahrens latent enthalten[17]).

VII. Die Hauptverhandlung gestaltet sich nicht anders, wie wenn regelrecht Anklage erhoben wäre[18]). Namentlich ist auch, anders als im Verfahren nach polizeilicher Strafverfügung, der Prozessgegenstand voll zur Kognition des Gerichts verstellt; eine dem § 458 St.P.O.

---

[12]) Löwe 1 zu § 460 und Bennecke 690 Anm. 17 nehmen anscheinend unbedingte Formfreiheit an.

[13]) Die Zurücknahme hat auch hier — vgl. oben § 148 Anm. 14 — keine konsumierende Wirkung. Bennecke 690 Anm. 17, Stenglein 3 zu § 460, Löwe 2 zu § 460, 6b zu § 454. Teilweise a. M. Meves 431.

[14]) Je nach der Art des Delikts, um das es sich handelt, dem Landgericht oder dem Schöffengericht.

[15]) So auch Bennecke 690, Birkmeyer 593.

[16]) Somit ist namentlich das „Hinreichen des Verdachts" nicht zu prüfen und folgerichtig ein Zwischenermittelungsverfahren nicht am Platze. So Bennecke 691 Anm. 20, Keller 4, v. Schwarze 3, Puchelt 3, Stenglein 3, Löwe 3 zu §462, im Grunde auch E. XVII, 249, R. X, 181. A. M. Voitus 2 zu § 462 und G.A. XXIX, 93, Huther, G.A. XXXVII, 149.

[17]) Es erfolgt also der Sache nach eine Eröffnung des Hauptverfahrens, nur formell nicht. Um deswillen muss, wenn die Voraussetzungen des § 75 G.V.G. vorliegen, Überweisung an das Schöffengericht zulässig sein. So Keller 1 und Löwe 2 zu § 462 bis zur 7. Aufl. A. M. Löwe seit der 8. Aufl., Stenglein 2 zu § 462, v. Kries 751, Bennecke 690 Anm. 19. Wird die Sache dem Schöffengericht überwiesen, so liegt hierin die Eröffnung des Hauptverfahrens.

[18]) Dass das Gericht an den Ausspruch der Verwaltungsbehörde bei seinem Urteil nicht gebunden ist, ist danach selbstverständlich, wiewohl eine Bestimmung wie §§ 451 Abs. 3 und 457 Abs. 3 St.P.O. hier formell fehlt.



analoge Bestimmung fehlt hier, es ist also auch dann, wenn sich die That als gar nicht strafbescheidsfähig herausstellt, ein gewöhnliches Urteil zu erlassen, nicht das Formalurteil des § 458 St.P.O.[19]).

VIII. Rechtsmittelberechtigt sind, wie sonst, so auch hier die Parteien; die Verwaltungsbehörde als solche nicht[20]).

IX. Ein Strafbescheid, gegen den ein gültiger Antrag auf gerichtliche Entscheidung nicht eingelegt wird, ebenso ein Strafbescheid, der anfänglich angefochten war, der aber durch Zurücknahme des gestellten Antrages[21]) zum nunmehr unangefochtenen wird, erwächst in formelle Rechtskraft, sodass es zur Strafvollstreckung aus dem Strafbescheide kommt. Natürlich kann aber inhaltlich des Strafbescheids nur die darin festgesetzte Geldstrafe und eventuell Einziehung vollstreckt werden. Im Falle der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe wird durch gerichtliches Anhangsverfahren (§ 463 St.P.O., entsprechend dem § 491 St.P.O.[22])) die an Stelle der Geldstrafe tretende Freiheitsstrafe substituiert. Dieses Anhangsverfahren basiert auf dem Strafbescheid[23]), der vom Gericht nicht geändert werden kann. Die Entscheidung erfolgt nicht notwendig auf Grund mündlicher Verhandlung, jedenfalls aber nach Anhörung der Staatsanwaltschaft und des Beschuldigten, und nicht in Urteilsform, sondern durch Verfügung (des Amtsrichters) bezw. Beschluss (der Strafkammer).

Gegen den Beschluss steht der Staatsanwaltschaft und dem Beschuldigten die sofortige Beschwerde zu, § 463 Abs. 3 St.P.O.

Materieller Rechtskraft ist der Strafbescheid so wenig fähig, wie die Strafverfügung[24]); auch die Partikulargesetzgebung kann die Strafbescheide nicht mit materieller Rechtskraft derart ausrüsten, dass durch den Strafbescheid ein gerichtliches Verfahren abgeschnitten

---

[19]) Bennecke 691 Anm. 21, Binding, Grdr. 207. A. M. Havenstein J.L.Bl. XI, 216. Ermangelt der Antrag auf gerichtliche Entscheidung der Rechtzeitigkeit, so wird das Verfahren eingestellt, Bennecke 690, und zwar durch Beschluss.

[20]) Wohl aber in ihrer Eigenschaft als „Nebenklägerin", falls sie als solche auftritt, § 467 St.P.O., oben § 145 I 4, unten § 150 II.

[21]) Zulässig bis zum Beginn der Hauptverhandlung, § 462 Abs. 2 St.P.O.

[22]) Oben S. 620 XII 2.

[23]) Das Vorliegen eines solchen und seine formelle Rechtskraft sind Prozessvoraussetzungen für das Umwandlungsverfahren, Bennecke 692, Löwe 3 zu § 463, Binding, Grdr. 207. A. M. v. Kries 753. Nicht aber ist das Verfahren *ex* § 463 abhängig von der wirklichen Uneinbringlichkeit der Geldstrafe, wie Bennecke 692, Löwe 3 zu § 463, v. Kries 753 annehmen. Die Umwandlung erfolgt nur „für den Fall der Uneinbringlichkeit", sie ergänzt nur den Strafbescheid, ersetzt ihn aber nicht.

[24]) Bennecke 690. A. M. Birkmeyer 781.

würde[25]), vielmehr nur so, dass ein anderweites administratives Verfahren für unzulässig erklärt wird[26]).

Der gerichtliche Umwandlungsbeschluss *ex* § 463 St.P.O. ist ein blosser Annex zu dem Strafbescheide, der mit diesem steht und fällt. Auch er macht somit nicht *res judicata*[27]).

## § 150.

### III. Verwaltungsstrafklage und Verwaltungsnebenklage.

I. Nicht jede Zoll- oder Steuerstrafsache gelangt durch einen administrativen Strafbescheid hindurch zur Strafverhängung. Es giebt Zoll- und Steuerstrafsachen, in denen schon reichsrechtlich ein administratives Strafverfahren gemäss § 459 St.P.O. ausgeschlossen ist (so bei den mit Freiheitsstrafe bedrohten Delikten); es hat ferner das Landesrecht möglicherweise von der Ermächtigung zu administrativer Straffestsetzung keinen Gebrauch gemacht; es nimmt endlich die Verwaltungsbehörde möglicherweise vom Erlass eines Strafbescheids Abstand, um alsbald ein gerichtliches Verfahren eintreten zu lassen.

Solchenfalls werden die „Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Erhebung öffentlicher Abgaben und Gefälle" grundsätzlich im regulären Verfahren abgemacht. Demnach wird die Sache zuerst bei der Staatsanwaltschaft und erst auf deren Klage hin bei Gericht anhängig. Bei der Entscheidung, ob Klage zu erheben sei, hat sich die Staatsanwaltschaft, dem allgemeinen Grundsatz gemäss, nur von dem Gesichtspunkt der Legalität leiten zu lassen[1]).

Indessen gilt für Zoll- und Steuersachen eine Durchbrechung des staatsanwaltschaftlichen Klagemonopols: lehnt die Staatsanwaltschaft ein Einschreiten ab, so kann die Verwaltungsbehörde selbst subsidiär Klage (doch nur in Form der „Anklage") bei Gericht erheben[2]), § 464 St.P.O.[3]). Geschieht dies, so figuriert die Verwaltungsbehörde zwar nicht als „Partei", wohl aber als Parteiorgan analog der Staatsanwaltschaft; Partei ist der Staat, dessen Behörde sie ist. Die staatlichklägerischen Rechte im Prozess (Recht zur Einlegung von Rechtsmitteln u. s. w.)

---

[25]) Anscheinend a. M. Bennecke 690.

[26]) Vgl. oben § 148 bei Anm. 32—34. Nur mit dieser Beschränkung kann § 53 des preussischen Gesetzes vom 26. Juli 1897 als gültig anerkannt werden.

[27]) Ebenso wohl Bennecke 692.

[1]) Oben S. 278.

[2]) In allen Zoll- und Steuersachen, auch in denen, die dem Strafbescheid unzugänglich sind. E. XIII, 30; R. VII, 618; Löwe 1 zu § 464; Arndt Z. V, 315; v. Kries 753; Ullmann 570; Bennecke 693 Anm. 7; Stenglein 1 zu § 464; Birkmeyer 784; Bonnenberg, Strafverfahren in Zoll- und Steuersachen, 353. A. M. E. IX, 236; R. V, 650; Keller 2; Dalcke 4; Puchelt 4 zu § 464; Meves, H. H. II, 434; Voitus, G.A. XXIX, 100. Dagegen ist die Verwaltungsklage überall da unstatthaft, wo die That unter einem anderen juristischen Gesichtspunkt als unter dem eines Zoll- oder Steuerdeliktes gewürdigt werden soll. Vgl. unten Anm. 6.

[3]) Der § 464 ordnet die Zulässigkeit der Verwaltungsklage direkt an. Bennecke 693 und Stenglein 1 zu § 464 nehmen dagegen an, er gebe nur der Landesgesetzgebung die Ermächtigung, eine Verwaltungsklage zu schaffen.

werden durch sie geltend gemacht[4]), und zwar durch einen in der Anklage namhaft zu machenden Beamten ihres Verwaltungszweiges oder Rechtsanwalt, § 464 Abs. 2 St.P.O.

Das sich an die erhobene Anklage anschliessende[5]) Verfahren gestaltet sich grundsätzlich nach Muster des Privatklageverfahrens, § 466 St.P.O.[6]), jedoch mit folgenden Modifikationen:

1. Die Verwaltungsbehörde ist zur Wahrnehmung der klägerischen Stellung nicht allein berufen. Auch die Staatsanwaltschaft ist vielmehr zu einer Mitwirkung in jeder Lage des Verfahrens berechtigt, muss bei der Hauptverhandlung vertreten sein, bewirkt die Ladungen, und alle Entscheidungen sind ihr bekannt zu machen, § 465 St.P.O.

Es fragt sich, welche prozessuale Stellung die beiden Behörden im Verhältnis zu einander haben. Zwei Möglichkeiten sind ins Auge zu fassen:

a) die Staatsanwaltschaft und die Verwaltungsbehörde gehören verschiedenen Staaten an[7]); dann stehen diese Staaten neben einander als zwei Hauptparteien und Streitgenossen; oder

b) die Staatsanwaltschaft und die Verwaltungsbehörde gehören demselben Staate an; dann ist nur eine klagende Partei mit zwei Organen vorhanden.

Die beiden Kläger bezw. klägerischen Organe sind von einander unabhängig. Die prozessualen Rechte werden durch jedes von ihnen gültig ausgeübt ohne Rücksicht auf den etwaigen Verzicht u. s. w. des anderen.

Diese Gestaltung der Sachlage dauert so lange an, bis die Staatsanwaltschaft — gemäss §§ 466, 417 Abs. 2 St.P.O. — ausdrücklich oder durch Einlegung eines Rechtsmittels die Verfolgung übernimmt. Mit diesem Augenblick scheidet die Verwaltungsbehörde aus ihrer Stellung als Streitgenosse oder klägerisches Hauptorgan aus und wird zum Nebenkläger bezw. klägerischen Nebenorgan gemäss § 417 Abs. 3 St.P.O.

2. Zuständig ist nicht unbedingt das Schöffengericht, sondern dasjenige Gericht, vor das die Sache an sich gehört.

Gegebenenfalls kann die Strafkammer gemäss § 75 G.V.G. die Sache an das Schöffengericht überweisen[8]).

3. Der Verwaltungsbehörde sind die ergehenden Entscheidungen auch dann zuzustellen, wenn sie bei der Verkündung zugegen gewesen ist, § 468 im

---

[4]) Die Verwaltungsbehörde kann daher auch zu Gunsten des Beschuldigten Rechtsmittel einlegen, E. XXII. 400 (betrifft zwar den Fall, dass die Verwaltungsbehörde in nebenklägerischer Funktion — unten II — Rechtsmittel einlegt, trifft aber erst recht zu für den Fall der eigenen Verwaltungsklage). Dagegen Binding, Grdr. 236.

[5]) Vgl. Bennecke 693 Anm. 12.

[6]) Daraus ergiebt sich auch, — vgl. § 429 St.P.O. — dass die Verwaltungsklage nur da zulässig ist, wo ausschliesslich ein Zoll- oder Steuerdelikt in Frage kommt. Havenstein, Jur. L.Bl. XI,216; Kammergericht bei Johow X, 170. A. M. E. XIII, 30; R. VII, 618; Bonnenberg 353, 355; v. Kries 753; Ullmann 570 Anm. 3. — Die Anwendbarkeit der §§ 422, 423 St.P.O. im Verwaltungsklageverfahren wird bestritten von Löwe 2 zu § 466; dagegen mit Recht Stenglein 3 zu § 466; Bennecke 694 Anm. 13.

[7]) Z. B.: Preussische Staatsanwaltschaft und Reichszollbehörde.

[8]) Havenstein Jur.L.Bl. XI, 216. A. M. Bonnenberg 306.

Gegensatz zu § 35 St.P.O. Erst mit dieser Zustellung beginnen die Rechtsmittelfristen für die Verwaltungsbehörde zu laufen, § 469 Abs. 1 St.P.O.

4. Zur Anbringung von **Revisionsanträgen** und zur Gegenerklärung auf solche steht der Verwaltungsbehörde die Frist von einem Monat zu, § 469 Abs. 2 St.P.O. im Gegensatz zu §§ 385, 387.

II. In den Fällen, in denen wegen eines Zoll- oder Steuerdelikts entweder die staatsanwaltschaftliche Klage erhoben worden ist, oder nach Erlass eines administrativen Strafbescheids infolge Antrages des Beschuldigten ein gerichtliches Verfahren anhängig geworden ist, kann sich die Verwaltungsbehörde in **nebenklägerischer** Funktion dem Verfahren anschliessen, § 467 St.P.O. Sie tritt durch den Anschluss als Organ einer Nebenpartei (wenn sie einem anderen als dem Staate der Staatsanwaltschaft angehört) bezw.[9]) als klägerisches Nebenorgan (wenn sie und die Staatsanwaltschaft demselben Staate angehören) in den Prozess ein.

Ist der Anschluss erfolgt, so hat die Verwaltungsbehörde die nebenklägerischen Rechte[10]), besonders das Recht der Rechtsmitteleinlegung. Ausgeübt werden diese Rechte durch einen zu bestellenden Spezialvertreter, wie in dem auf Verwaltungsklage eingeleiteten Verfahren[11]). St.P.O. § 467 in Verbindung mit § 464.

Einem gewöhnlichen Nebenkläger gegenüber ist die Verwaltungsbehörde insofern bevorzugt, als ihr sämtliche Entscheidungen, auch die, bei deren Verkündung sie vertreten war, zuzustellen sind, St.P.O. § 468, die Rechtsmittelfristen für sie erst von dieser Zustellung an laufen, § 469 Abs. 1, und die Frist zur Revisionsrechtfertigung sowie diejenige zur Gegenerklärung auf eine Revisionsrechtfertigung auf einen Monat bemessen sind, § 469 Abs. 2.

## § 151.

### IV. Das Verfahren gegen Abwesende (Absenzverfahren).[1])

I. Im regelmässigen Verfahren ist ein Prozedieren über den Kopf des Beschuldigten hinweg ausgeschlossen[2]). Zwar kann auch bei Abwesenheit des Beschuldigten die Vernehmung von Zeugen stattfinden, Anklage erhoben[3]), das Hauptverfahren eröffnet werden[4]) u. s. w.; aber eine **Hauptverhandlung** kann grundsätzlich nicht ohne den Angeklagten stattfinden, und die Ausnahmefälle, in denen eine **Absenzverhandlung** zulässig ist[5]), setzen wenigstens voraus, dass der Angeklagte zuvor in der gewöhnlichen Form geladen worden ist, dass er also zur Zeit der **Ladung** noch nicht abwesend war.

---

[9]) Vgl. über diese Unterscheidung oben I 1 a und b.
[10]) Oben § 145.
[11]) Oben S. 673 oben.
[1]) Vgl. Hugo **Meyer**, Das Strafverfahren gegen Abwesende, 1869.
[2]) Oben § 72 II 1.
[3]) **Bennecke** 627 Anm. 2.
[4]) Oben S. 496.
[5]) Oben S. 520.

Indessen ist anomalerweise unter bestimmten Voraussetzungen ein ganzes Absenzverfahren in dem Sinne zulässig, dass dem Beschuldigten der Prozess gemacht wird, ohne dass er wirklich zugezogen würde, auf Grund einer minderwertigen oder sogar nur fiktiven Ladung[6]).

Dieses Absenzverfahren ist aber ebensowenig wie die Absenzverhandlung ein „Kontumacialverfahren", etwa wie es die Preussische M.St.G.O. vom 3. April 1845, §§ 242 ff., gegen Deserteure kannte: das Abwesendsein als solches ist kein Umstand, der zur Verurteilung führt, es macht die Beweisaufnahme nicht überflüssig; das Verfahren ist nur in denjenigen Punkten anders als das gewöhnliche gestaltet, für die das Gesetz Besonderes vorschreibt.

1. Die Voraussetzungen des Absenzverfahrens sind folgende:

Der Beschuldigte muss „abwesend" sein in dem Sinne, dass entweder sein Aufenthalt unbekannt ist, oder er sich im Auslande an einem Orte aufhält, von wo aus seine Gestellung vor das zuständige deutsche Gericht nicht ausführbar oder nicht angemessen erscheint, § 318 St.P.O.

Es darf ferner nur ein geringfügiges Delikt den Gegenstand der Untersuchung bilden, nämlich ein solches, bei dem die prinzipale Strafdrohung nur auf Geldstrafe und Einziehung oder auf eine dieser Massregeln allein lautet[7]), § 319 St.P.O.

Sind diese Voraussetzungen gegeben, so muss die Staatsanwaltschaft, sofern auch die übrigen Prozessvoraussetzungen vorliegen, in Bethätigung des Legalitätsprinzips das Absenzverfahren einleiten[8]).

2. Im Absenzverfahren genügt, falls gewöhnliche Ladung nicht ausführbar oder voraussichtlich aussichtslos ist, die „öffentliche Ladung" des Angeklagten zur Hauptverhandlung nach näherer Mass-

[6]) Vielfach wird der Unterschied der „Absenzverhandlung" im Sinne der §§ 230—232 St.P.O. gegen das „Absenzverfahren" im Sinne der §§ 318 ff. darin gefunden, dass jene bloss einen (*scil.* in der Hauptverhandlung) „nicht anwesenden", dieses einen „abwesenden" Beschuldigten voraussetze. So Bennecke 622 Anm. 4. Ganz scharf ist diese Scheidung, die freilich dem Gesetz vorgeschwebt hat, nicht. Das Charakteristikum des Absenzverfahrens ist vielmehr in Gestaltung der Ladung zu suchen.

[7]) Delikte, die, wenn auch nur wahlweise, mit Haft bedroht sind, gehören hierher nicht (im Gegensatz zu § 231 St.P.O.), wohingegen die nur subsidiär angedrohte Haft die Anwendbarkeit des § 319 St.P.O. nicht ausschliesst.

[8]) Das „kann" des § 319 steht dem nicht entgegen, Bennecke 623, Birkmeyer 797, Ullmann 534, Löwe 4; Stenglein 2 zu § 319. A. M. H. Meyer H.H. II, 227, Keller 2, Dalcke 6, Puchelt 3 zu § 319.

gabe der §§ 320. 321 St.P.O., also eine Ladung, die möglicher- und sogar regelmässigerweise den Angeklagten gar nicht erreicht.

3. In der Hauptverhandlung kann für den Angeklagten ein Vertreter auftreten, und zwar ein Verteidiger mit Vollmacht oder die Angehörigen[9]), letztere auch ohne Vollmacht, § 322 St.P.O.[10]).

4. Das Absenzurteil muss dem Angeklagten zugestellt werden, und zwar genügt öffentliche Zustellung in der einfacheren Form des § 40 Abs. 2 St.P.O.[11]) selbst dann, wenn reguläre Zustellung möglich wäre, § 323 St.P.O.

5. Gegen das Urteil sind die gewöhnlichen Rechtsmittel gegeben; ausserdem aber muss auch — *argumento a fortiori* — Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in derselben Weise wie gegen das im gewöhnlichen Verfahren ergangene Absenzurteil (§ 234 St.P.O.) für zulässig erachtet werden[12]).

Das dem Beschuldigten zustehende Rechtsmittelrecht können nach § 324 St.P.O. ausser dem Verteidiger auch die Angehörigen ausüben[13]).

6. Zulässig ist eine Sicherung der Strafvollstreckung und der Kostenvollstreckung, sobald die öffentliche Klage erhoben ist[14]). Diese Sicherung erfolgt durch Gerichtsbeschluss, lautend auf Beschlagnahme einzelner Gegenstände, § 325 St.P.O.; nur aushülfsweise, nämlich wo die Spezialbeschlagnahme nicht ausführbar ist, ist Beschlagnahme des ganzen im Deutschen Reiche befindlichen Vermögens des Angeschuldigten statthaft, § 326 St.P.O.

---

[9]) Im weitesten Sinne: Ehegatte, Verwandte, Verschwägerte, ohne die Beschränkungen des § 52 St.G.B.; Löwe 2, Stenglein 3 zu § 322, Bennecke 624 Anm. 12, v. Kries 226. Binding Grdr. 235. A. M. v. Kries, Rechtsmittel 23. H. Meyer H. H. II, 228, Rintelen § 63, 2c, Voitus Kontroversen I, 70. Süss, Stellung der Parteien 132 Anm. 17.

[10]) Keineswegs dürfen, wie dies v. Kries 226, Süss, Stellung der Parteien 133 thun, diese Angehörigen als Nebenpartei aufgefasst werden.

[11]) Oben S. 455.

[12]) Ebenso Bennecke 625 Anm. 13, Löwe 3, Stenglein 2, Thilo, Puchelt 3 zu § 323, Keller 3 zu § 234, v. Kries 719, Birkmeyer 798. A. M. Ullmann 535, H Meyer H. H. II, 229 Anm. 13, v. Schwarze, Dalcke 2 zu § 323.

[13]) Ein eigenes Rechtsmittelrecht verleiht ihnen aber § 324 nicht; ein solches haben nur diejenigen, die es gemäss § 340 St.P.O. auch im gewöhnlichen Verfahren haben würden. Bennecke 625, Löwe 1, Stenglein 1 zu § 324. A. M. Binding Grdr. 235, der aber selbst richtig lehrt, dass die Bestimmungen des § 339 St.P.O. auf die Angehörigen des § 324 analog zu übertragen ist.

[14]) Diese Bedingung ergiebt sich aus dem Terminus „Angeschuldigter" in §§ 325 326 in Verbindung mit § 155 St.P.O.

Die Spezialbeschlagnahme erfolgt in den Formen des civilprozessualen dinglichen Arrests (C.P.O. §§ 928—932, früher §§ 808—811) und hat dessen Wirkungen[15]).

Die Gesamtvermögensbeschlagnahme ist durch den Deutschen Reichsanzeiger und nach Ermessen des Gerichts auch durch andere Blätter zu veröffentlichen. Ihre Wirkung ist relative Nichtigkeit der Verfügungen des Angeschuldigten über das beschlagnahmte Vermögen von der ersten Veröffentlichung im Reichsanzeiger ab zu Gunsten der Staatskasse.

7. Eine ganz besondere Gestaltung giebt die St.P.O. dem Verfahren gegen Wehrpflichtflüchtige, d. h. solche Personen, die nach §§ 140, 360[3] St.G.B. strafbar sind[16]). Auch dieses Verfahren kann *in absentia* stattfinden. Im einzelnen gelten hier folgende Sätze:

a) Auch ohne „Zusammenhang" im technischen Sinne können solche Strafsachen verbunden werden, § 471 Abs. 2 St.P.O.

b) Örtlich zuständig sind wahlweise das Gericht des letzten Wohnsitzes oder das des gewöhnlichen Aufenthaltsortes, § 471 Abs. 1 St.P.O.

c) Die Klage und die Eröffnung des Hauptverfahrens erfolgen auf Grund einer Erklärung der Kontrollbehörde, deren Inhalt § 472 St.P.O. bestimmt[17]).

d) Die Ladung zur Hauptverhandlung muss inhaltlich besonders gefasst sein, § 473 St.P.O.

e) Die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung basiert auf der (als Urkunde zu verlesenden) Erklärung der Kontrollbehörde. Nur insoweit sich Umstände ergeben, die diese Erklärung als unrichtig erscheinen lassen, ist zu anderweiter Beweisaufnahme zu schreiten (und zwar alsdann unter Sonderung der betreffenden Strafsache von den übrigen, mit denen sie bisher verbunden war), § 475 St.P.O.

Standen der Erklärung der Kontrollbehörde keinerlei Umstände entgegen, oder hat die anderweite Beweisaufnahme nicht die Unrichtigkeit dieser Erklärung dargethan, so muss auf Grund der letzteren

---

[15]) Sie ist deshalb scharf zu scheiden von der zu Beweis- oder Einziehungszwecken erfolgenden Beschlagnahme, oben §§ 52 ff.

[16]) Nicht zu verwechseln mit den Fahnenflüchtigen; diese unterstehen der R.M.St.G.O; nach dieser findet fortan gegen sie keine Absenzaburteilung statt, sondern nur ein Sicherungsverfahren, M.St.G.O. §§ 356 ff., E.M.St.G.O. § 2 (entgegen dem früheren Recht, vgl. z. B. Preussische M.St.G.O. §§ 242 ff.).

[17]) Absatz 4 des § 472, betreffend die Ersatzreservisten 1. Klasse, ist antiquiert, da die Ersatzreservisten durch das Reichsgesetz betreffend Änderung der Wehrpflicht vom 11. Februar 1888 § 11 den Bestimmungen, die für Reservisten und Wehrmänner gelten, unterstellt sind, also § 472 Abs. 3 St.P.O. auf sie anwendbar geworden ist.

verurteilt werden[18]); das Gericht ist hier also an eine positive Beweisregel gebunden, § 475 St.P.O.[19]).

f) In den Fällen des § 140 St.G.B. ist eine Sicherung der Straf- und Kostenvollstreckung statthaft, St.G.B. § 140 Abs. 3, E.St.P.O. § 5; sie erfolgt in der Weise, wie vorstehend Ziffer 6 erörtert, § 480 St.P.O.

g) Im übrigen greifen die für das Absenzverfahren geltenden allgemeinen Bestimmungen (vorstehend Ziff. 1 ff.) Platz, nämlich besonders §§ 320, 321 Abs. 1, 322, 323, vgl. §§ 473 Abs. 1, 474, 476 St.P.O. Auch § 324 muss Anwendung finden[20]). und gegen das Absenzurteil ist auch hier ausser den Rechtsmitteln Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren[21]).

II. Neben dem vorstehend geschilderten Absenzverfahren lässt die St.P.O. in den Fällen, in denen jenes nicht zulässig ist, doch ein besonders gestaltetes Sicherungs verfahren[22]) gegen den Abwesenden zu. Es können nämlich bei Abwesenheit des Beschuldigten alle Beweise, und zwar im Ermittelungsverfahren durch den Amtsrichter, weiterhin durch das befasste Gericht, eventuell (nach Eröffnung des Hauptverfahrens) durch einen beauftragten oder ersuchten Richter (§ 331 St.P.O.) aufgenommen werden, die für den Fall der künftigen Gestellung des Beschuldigten bedeutsam werden können[23]); Zeugen und Sachverständige werden dabei eidlich vernommen, § 328 Abs. 2 St.P.O. Von der Erhebung der öffentlichen Klage ab gelten die Grundsätze der Voruntersuchung, § 336 St.P.O.

Dem Beschuldigten kann vom Richter Nachricht über den Fortgang des Verfahrens gegeben werden, ein Recht darauf hat der Beschuldigte aber nicht, § 329 St.P.O. Wohl aber kann für ihn ein Verteidiger auftreten, und zwar auch kraft Bestellung der Angehörigen des Beschuldigten, § 328 Abs. 1 St.P.O.

Wenn der Aufenthalt des Beschuldigten unbekannt ist, so kann in die öffentlichen Blätter eine Aufforderung zum Erscheinen oder zur Aufenthaltsanzeige eingerückt werden, § 330 St.P.O. Nach Erhebung der öffentlichen Klage kann behufs Herbeiführung der Gestellung eine Vermögensbeschlagnahme gegen den Angeschuldigten aus-

---

[18]) Vorausgesetzt natürlich, dass das Prozessverhältnis in Ordnung ist, also dass das Strafklagerecht noch nicht konsumiert ist u. s. w.

[19]) Vgl. oben § 92 a. E. und E. XX, 201. Bennecke 697 Anm. 17.

[20]) So die allgemeine Meinung, Bennecke 698 Anm. 19, Löwe 1 zu § 476 u. s. w.

[21]) Bennnecke 698, Löwe 2 zu § 476, Stenglein 4 zu § 475, v. Kries 724, Birkmeyer 801. A. M. Rintelen § 59, 1 mit den Motiven.

[22]) Nicht zu verwechseln mit der blossen Sicherung der Vollstreckung, oben I 6.

[23]) Ähnlich der „Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtnis", *probatio in perpetuam rei memoriam.*

gebracht werden. Diese Vermögensbeschlagnahme ist nicht nur nach ihrem Zweck, sondern auch nach Voraussetzungen und Wirkungen von der oben[24]) erwähnten Vermögensbeschlagnahme verschieden, wenngleich sie in derselben Weise wie diese (§ 333 verglichen mit § 326 Satz 2) erfolgt[25]).

Voraussetzung ist hier nämlich das Vorliegen solcher Verdachtsgründe, die auch die Erlassung eines Haftbefehls rechtfertigen würden, und ferner darf es sich nicht um eine zur (ursprünglichen) Zuständigkeit der Schöffengerichte gehörige Sache handeln, § 332 St.P.O.

Wirkung der Vermögensbeschlagnahme ist hier voller Verlust des Rechts des Angeschuldigten, über das beschlagnahmte Vermögen zu verfügen, und in Konsequenz dessen die Einleitung einer Güterpflege, § 334 St.P.O.

Ein anderes Mittel, um den Beschuldigten zum Erscheinen zu bestimmen, ist die (unbedingte oder bedingte) Zusage sicheren Geleits (des *salvus conductus*); dieses gewährt Befreiung von der Untersuchungshaft in Ansehung der betreffenden That; es erlischt, wenn ein auf Freiheitsstrafe lautendes Urteil ergeht, oder der Beschuldigte Anstalten zur Flucht trifft oder die gestellten Bedingungen nicht erfüllt, § 337 St.P.O.[26])

## § 152.

### V. Das objektive Verfahren.

I. Der eigentliche Strafprozess hat zum Gegenstande einen Strafanspruch und nur möglicherweise daneben gewisse zugehörige civil- und verwaltungsrechtliche Ansprüche[1]). Grundsätzlich kann nun der den Gegenstand des Prozesses bildende Anspruchskomplex nicht zerteilt werden; ein Spezialprozess ist über keinen der zusammengehörigen Ansprüche für sich allein zulässig, es können z. B. die Fragen nach Überweisung an die Landespolizeibehörde, nach Feststellung des Entschädigungsanspruchs des unschuldig Verurteilten, nach Schliessung eines Vereins u. s. w. nur im Rahmen eines Vollstrafprozesses abgemacht werden. Eine Ausnahme neben anderen[2]) bildet der staatliche Anspruch auf Einziehung oder Unbrauchbarmachung von Gegenständen. Er kann zwar auch (und muss sogar prinzipiell)

[24]) Oben I 6.
[25]) Vgl. oben § 59 III.
[26]) Vgl. oben § 59 II.
[1]) Oben § 61 II.
[2]) Oben § 61 V.

im Rahmen des Vollprozesses mit erledigt werden[3]; über ihn kann aber nach St.G.B. § 42 und einigen anderen Gesetzesbestimmungen[4] auch „selbständig erkannt werden", wenn gewisse Voraussetzungen gegeben sind.

Das eigens auf Einziehung oder Unbrauchbarmachung hinauslaufende Verfahren pflegt man als objektives Verfahren zu bezeichnen[5]. Der Gegenstand des objektiven Verfahrens verhält sich zu dem eines umfassenden Strafprozesses wie der Teil zum Ganzen[6]; daraus ergeben sich wichtige Konsequenzen, besonders für die Frage der Rechtskraft. Weiter aber ist zu beachten, dass der Komplex der aus einer That entstandenen Einziehungs- und Unbrauchbarmachungsansprüche für die Zwecke des objektiven Verfahrens nicht — wie der Strafanspruch für das Regelverfahren — als unteilbare Einheit erscheint. Das objektive Verfahren ergreift nicht unbedingt sämtliche wegen der That einziehbaren oder der Unbrauchbarmachung unterliegenden Gegenstände, sondern nur die vom Kläger bezeichneten konkreten Gegenstände. Auch dies ist von Bedeutung besonders für die Rechtskraftlehre.

II. Obwohl der Gegenstand des Verfahrens ein nichtkrimineller ist, ist doch das objektive Verfahren in der St.P.O. seiner Form nach als ein (wenn auch irregulärer) Strafprozess konstruiert[7]. Was die Parteien dieses Strafprozesses anlangt, so ist

---

[3]) Vgl. dazu oben S. 270. Das Urteil spricht sich dann gleichzeitig über die Einziehungs- oder Unbrauchbarmachungsfrage aus. — Die Frage, ob mit einem freisprechenden Urteil eine Einziehung oder Unbrauchbarmachung verbunden werden kann — vgl. Bennecke 698 Anm. 1 und die dort citierte Literatur —, ist keine prozessuale, sondern betrifft die materiellrechtlichen Voraussetzungen der Einziehung u. s. w., vgl. dazu unten Anm. 16.

[4]) Vgl. Birkmeyer 803.

[5]) Weil es hier an einem beschuldigten Subjekt fehlt. Den regelrechten Strafprozess muss man dann als „subjektives Verfahren" bezeichnen. Beide Ausdrücke sind freilich nicht rühmenswert.

[6]) Vgl. hierzu Glücksmann, Rechtskraft der strafprozess. Entscheidung u. s. w. 42, Herschel, Rechtskraft der strafprozess. Entscheidung u. s. w. 9.

[7]) Ebenso Glücksmann, Rechtskraft der Entscheidung über Einziehung u. s. w., 23; von seinen Argumenten ist aber das eine (die Einziehung sei Strafe) nicht haltbar. Oben S. 203. Binding Grdr. 210 wendet ein, „ein Strafprozess, zu dem es nur komme, weil ein Strafprozess gegen den Schuldigen unmöglich sei, sei ein ganz undenkbares Ding". Aber die Unmöglichkeit löst sich sofort auf, wenn man — wie im Text geschehen — in dem objektiven Verfahren einen Teilstrafprozess erkennt. Binding selbst nimmt auch an (IV a. a. O.), dass das Verfahren die Form des Strafprozesses leiht". Das ist der Standpunkt des Textes.



1. Kläger im objektiven Verfahren wie im subjektiven Verfahren der Staat durch die Staatsanwaltschaft oder aber der Privatklageberechtigte, §§ 477, 479 St.P.O.

2. Nicht ganz klar tritt im Gesetz die Person und prozessuale Stellung des passiv Beteiligten hervor. Da das Verfahren aber als Strafprozess gedacht ist, und es einen einseitigen Parteiprozess nicht geben kann, so muss jedenfalls das Verfahren als gegen bestimmte Personen gerichtet gelten. Diese, die Beklagten, können aber nur diejenigen sein, zu deren Ungunsten die Einziehung oder Unbrauchbarmachung erfolgen soll, die sogenannten Einziehungs- (Unbrauchbarmachungs-)Interessenten[7a]). Sie sind materiellrechtlich die Anspruchsgegner, sie müssen unter Zugrundelegung des materiellen Parteibegriffs[8]), von dem hier Abweichungen nicht ersichtlich sind, auch prozessual die Beklagtenrolle haben. Dies kommt, wenn auch in unvollkommener Weise, in § 478 Abs. 2 und 3 St.P.O. zum Ausdruck.

Die den in Anspruch genommenen Einziehungsinteressenten zustehenden Parteirechte sind prinzipiell dieselben, wie die eines Angeklagten, § 478 Absatz 3 St.P.O.[9]).

Die Parteifähigkeit der Einziehungsinteressenten deckt sich mit der Parteifähigkeit des Beschuldigten nicht ganz. Als Einziehungsinteressent parteifähig ist vielmehr jedes Rechtssubjekt, einschliesslich der juristischen Personen. Fehlt ihm die Prozessfähigkeit, so figuriert im Prozess für die Partei ihr Organ oder gesetzlicher Vertreter[10]).

III. Zulässig ist ein auf Einziehung und die Unbrauchbarmachung gerichtetes objektives Verfahren im allgemeinen[11]) gemäss § 42 St.G.B. dann, wenn einer der Fälle der §§ 40, 41 St.G.B. vorliegt und „die Verurteilung oder Verfolgung einer bestimmten Person nicht ausführbar ist“. Der Sinn dieser Bestimmung ist der: es soll die Verhängung der Polizeimassregel unabhängig von der Durchsetzung des Strafanspruchs sein, falls diese Durchsetzung nicht möglich ist; anders ausgedrückt: gegen denjenigen,

---

[7a]) Binding Grdr. 210 weist darauf hin, dass der Ausdruck „Einziehungsinteressenten“ unpassend sei, weil er nur auf solche Personen bezogen werden könne, die ein Interesse daran haben, dass eingezogen werde. Er nennt die hier in Rede stehenden Personen „Nichteinziehungs-Interessenten“.

[8]) § 36, vgl. § 68 III.

[9]) Wie im regulären Strafprozess entscheidet auch hier über die Person des Beklagten lediglich die Richtung, die der Kläger seinem Angriff giebt. Ein Recht, ihrerseits als „Nebenintervenienten“ etc. in ein gar nicht gegen sie gerichtetes Verfahren einzutreten (so Friedländer 33) haben die Einziehungsinteressenten nicht. Binding Grdr. 211. Ein solcher Eintritt liegt auch mit Rücksicht auf das unten IV Gesagte ausserhalb des Interesses dieser Personen.

[10]) Vgl. v. Kries 226, Bennecke 701, E. XXIX, 52.

[11]) Für einzelne Fälle ist Besonderes bestimmt, vgl. z. B. St.G.B. § 152.

gegen den als Beschuldigten ein Vollstrafprozess unmöglich ist, soll doch das objektive Verfahren zulässig sein. Bei einer Mehrheit von Beschuldigten und Einziehungsinteressenten ist also die Zulässigkeit des objektiven Verfahrens individuell zu prüfen. Der Umstand, dass irgend einem der Thäter der ordentliche Strafprozess gemacht werden kann, schliesst also das objektive Verfahren gegen andere Personen nicht aus[12]).

Das Vorausgeführte giebt auch den Schlüssel für die bestrittene Frage, was § 42 St.G.B. unter „Unausführbarkeit der Verurteilung oder Verfolgung" versteht: unausführbar ist eine Verurteilung dann, wenn ein Strafanspruch gegen den Einziehungsinteressenten nicht gegeben ist[13]); eine Verfolgung dann, wenn prozessuale (rechtliche oder thatsächliche) Gründe[14]) dem Vollstrafverfahren entgegenstehen. Solchenfalls ist also ein objektives Verfahren zulässig.

Die Unausführbarkeit der Verurteilung und Verfolgung ist Prozessvoraussetzung für das objektive Verfahren, somit vom Gericht zu prüfen[15]).

Streng zu trennen von der durch § 42 St.G.B. beantworteten prozessualen Frage nach der Zulässigkeit des objektiven Verfahrens ist die Frage nach den materiellrechtlichen Voraussetzungen der Einziehung und Unbrauchbarmachung selbst[16]). Dieser Unterschied ist dem allgemeinen Unterschied zwischen Prozessvoraussetzungen und Strafbarkeitsbedingungen parallel.

---

[12]) Hat z. B. A eine Schrift strafbaren Inhalts verfasst, so ist das objektive Verfahren gegen den Buchhändler B, der Exemplare der Schrift besitzt, (§ 41 St.G.B.) schlechthin zulässig, auch wenn gegen A ein subjektives Verfahren möglich ist.

[13]) Z. B. er ist lediglich der Buchhändler, der Exemplare der strafbaren Schrift besitzt (§ 41 St.G.B.).

[14]) Z. B. derzeitige Geisteskrankheit (denn das objektive Verfahren wird durch solche nicht gehindert, vgl. oben bei Anm. 10); oder Fehlen des Strafantrages (denn der Strafantrag bedingt nur die auf Bestrafung gerichtete Klage; so Oppenhoff 1 zu § 42, Puchelt 8 zu § 61 St.G.B., Fuchs, Anklage und Antragsdelikte 154, Nessel Antragsberechtigungen 37. A. M. E. XI, 119, XIV, 382, Frank II, 2 zu § 42, Olshausen 6b zu § 42, Hälschner, I, 634, Binding Grdr. 209, Grundriss des Strafrechts § 97a, H. Meyer § 55, 4 S. 396, Köbner Einziehung 53, Friedländer Objektives Verfahren 2, Birkmeyer 802).

[15]) Die gegenteilige Auffassung — E. VIII, 238, Olshausen 4, Frank II, 2 zu § 42 —, dass nur die Staatsanwaltschaft die Frage der Ausführbarkeit oder Unausführbarkeit der Verurteilung oder Verfolgung souverän zu prüfen habe, hat im Gesetz keine Stütze. Wie im Text Friedländer, Das objektive Verfahren 25, Binding Grdr. 209, Birkmeyer 805.

[16]) Hierher gehört die Frage, ob das Vorliegen von Strafausschliessungsgründen bei dem Thäter die Einziehbarkeit beseitigt. Sie ist *de lege lata* zu bejahen, und zwar auch, was häufig bestritten wird, für § 41 St.G.B. Wo kein Strafanspruch, da kein Einziehungs- oder Unbrauchbarmachungsanspruch. Der Wortlaut des § 41 St.G.B. (Strafbarkeit des Inhalts einer Druckschrift) drückt sich uneigentlich aus, etwas Lebloses kann nie strafbar sein. Einziehung und Unbrauchbarmachung können also nur auf Grund der Feststellung verfügt werden, dass jemand, also je nach Verschiedenheit der Fälle der Einziehungs-

IV. Die strafprozessuale Natur des objektiven Verfahrens bedingt das rechtliche Gehör der Parteien, insonderheit des in Anspruch genommenen Einziehungsinteressenten. Ein Verfahren über den Kopf des Letzteren hinweg wäre nichtig. Wem nicht Gelegenheit gegeben war, seine Rechte im Prozess wahrzunehmen, der bleibt von letzterem gänzlich unberührt[17]).

V. Das zuständige Gericht bestimmt sich nach den gewöhnlichen Sätzen, § 477 Abs. 1 St.P.O., es kommt also auf die Schwere des Delikts, aus dem der Einziehungs- u. s. w. Anspruch hergeleitet wird, und auf den Gerichtsstand der Thäter, nicht auf die persönlichen Beziehungen der Einziehungsinteressenten (deren Wohnsitz u. s. w.) an.

An die Stelle des Schwurgerichts tritt jedoch die Strafkammer des Sitzungsortes, § 477 Abs. 2 St.P.O.

VI. Die Klage[18]) wird erhoben durch Antrag auf Einziehung u. s. w. eines zu benennenden Objekts[19]). Sie begründet, natürlich nur im Umfange des Prozessgegenstandes, Rechtshängigkeit[20]).

VII. Die Eröffnung des Verfahrens erfolgt latent durch den Vorsitzenden durch Anberaumung eines Hauptverhandlungstermins ohne Eröffnungsbeschluss[21]).

VIII. Die Einziehungsinteressenten sind zur Hauptverhandlung zu laden, § 478 Abs. 2 St.P.O. Sie sind berechtigt, selbst zu erscheinen, auch sich durch

---

interessent selbst oder ein Teilnehmer (so § 40 St.G.B.) oder irgend ein beliebiger Thäter (so bei Unbrauchbarmachung gegen den Buchhändler u. s. w.) die That als eine für ihn strafbare Handlung begangen hat. Richtiger wäre es freilich gewesen, wenn das Gesetz die Einziehbarkeit u. s. w. von der Strafbarkeit der That unabhängig gestellt hätte, und der Strafprozess nicht mit diesen in ihn nicht hinein passenden Präventivmassregeln beschwert worden wäre. Vgl. auch Glücksmann 57.

[17]) Vgl. oben S. 270 und Ötker 632 ff. E. V, 375, vgl. auch Ullmann 576. A. M. Bennecke 702, Binding Grdr. 211, Glücksmann 47, teilweise auch v. Kries 758, 226, Birkmeyer 805, Friedländer 71. — Eine Ausnahme bilden die in § 151 behandelten Fälle.

[18]) Vgl. Löwe 3 zu Buch 2 Abschn. 1, Ullmann 574.

[19]) Streitig ist, ob die Staatsanwaltschaft in Ansehung des objektiven Verfahrens durch das Legalitätsprinzip gebunden ist. Das wird verneint von Löwe 4b zu § 477, Bennecke 699 Anm. 5, Birkmeyer 803, Binding Grdr. 210 — mit Recht, insoweit es sich um die fakultative Einziehung u. s. w. handelt (z. B. St.G.B § 40). Insoweit es sich dagegen um die Fälle der obligatorischen Einziehung oder Unbrauchbarmachung, z. B. §§ 41, 152 St.G.B. handelt, muss das Legalitätsprinzip durchgreifen. Nicht im Widerspruch zum Legalitätsprinzip steht es, dass das objektive Verfahren da zu unterbleiben hat, wo der Zweck der Massregel auf anderem Wege erreicht ist (z. B. bei freiwilliger Darbietung des Objekts durch den Eigentümer), denn damit ist das Verfahren gegenstandslos gemacht. Übereinstimmend Olshausen 9 zu § 42 St.G.B., Ullmann 573.

[20]) Bennecke 699.

[21]) Vgl. R. VI, 611, Bennecke 700 Anm. 7, v. Kries 756, Ullmann 575, Löwe 6 zu § 477, Stenglein 1 zu § 478, Birkmeyer 804. Dagegen verlangen E. XIX. 428, R. V, 215, Rintelen § 55, 3, Meves H. H. II, 463, Friedländer 58, Binding Grdr. 211 einen Gerichtsbeschluss auf Anberaumung der Hauptverhandlung.

einen schriftlich bevollmächtigten Verteidiger vertreten zu lassen, erforderlich ist aber für die Vornahme der Hauptverhandlung weder das persönliche Erscheinen, noch ein Vertretensein, § 478 Abs. 3 St.P.O.

IX. Über die Klage ist in gewöhnlicher Weise zu entscheiden[22]). Fehlt also eine Prozessvoraussetzung, so wird das Verfahren durch Beschluss eingestellt[23]). Anderenfalls ist durch Sachurteil die Einziehung u. s. w. auszusprechen oder abzulehnen.

X. Dem unvertreten nicht erschienenen Einziehungsinteressenten ist das ergehende Urteil zuzustellen. Er kann unter den gewöhnlichen Voraussetzungen Wiedereinsetzung dagegen erlangen[24]). Das ergiebt sich aus St.P.O. § 378 Abs. 3 Satz 1. Daneben hat der Einziehungsinteressent, gleichviel ob erschienen oder nicht erschienen, die gewöhnlichen Rechtsmittel. Die Rechtsmittelfrist läuft für den, der bei der Verkündung des Urteils zugegen war, von der Verkündung ab, gegen andere Beklagte von der Zustellung ab[25]).

XI. Das Urteil, das die Einziehung oder Unbrauchbarmachung verhängt oder die Verhängung aus materiellrechtlichen Gründen ablehnt, ist wie jedes Sachurteil der materiellen Rechtskraft fähig[26]). Selbst-

---

[22]) Und zwar mit einfacher Majorität, da es eine „Schuldfrage" nur beim Strafanspruch giebt, oben § 61 III 1 d. Ebenso Binding, Grdr. 212. A. M. Friedländer 66.

[23]) Bennecke 701. Einstellung durch Formalurteil nach St.P.O. § 259 Abs. 2 kann nicht vorkommen, weil das objektive Verfahren ja von Stellung oder Nichtstellung des Strafantrages ganz unabhängig ist, oben Anm. 14. Wer freilich den Strafantrag als Prozessvoraussetzung auch für das objektive Verfahren ansieht, gelangt natürlich im Falle des § 259 Abs. 2 St.P.O. zur Einstellung durch Formalurteil; so Bennecke a. a. O.; im wesentlichen auch E. XI, 119; R. VI, 559.

[24]) Übereinstimmend Bennecke 700 Anm. 12; Meves, H. H. II, 465; Stenglein 4 zu § 478. A. M. Geyer 886; Löwe 4, Keller 4, Dalcke 2 zu § 478; Ullmann 575; Birkmeyer 805.

[25]) Diejenigen Interessenten, die im Verfahren nicht gehört (also nicht geladen) worden sind, bleiben ganz unberührt. Vgl. E. V, 371; Stenglein 4 zu § 477. Damit erledigt sich die — von Löwe 1 zu § 479, Binding, Grdr. 212, Bennecke 702 Anm. 18; Meves, H. H. II, 465 u. s. w. nicht übereinstimmend beantwortete — Frage nach der ihnen gegebenen Rechtsmittelfrist. Die H. M. freilich — vgl z. B. Birkmeyer 805 — lehrt, das Urteil wirke schlechthin *in rem*, was dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs ins Gesicht schlägt. Nur faktisch verschiebt sich durch das Urteil die Sachlage zu Ungunsten der nicht zugezogenen Interessenten insofern, als nach erfolgter Vollstreckung der Fiskus zum *beatus possidens* geworden ist, und der Interessent somit genötigt ist, in einem von ihm anzustrengenden Prozesse die Klägerrolle zu übernehmen.

[26]) Die von mir früher — Z. XVIII, 271 Anm. 4 — geäusserte gegenteilige Meinung (ähnlich auch E. XIV, 161, R. VIII, 400, Glücksmann, Rechtskraft der strafprozessualen Entscheidung u. s. w. 5) halte ich nicht mehr aufrecht. Denn wenngleich Einziehung und Unbrauchbarmachung reine Polizeimassregeln sind, so entscheidet über die Rechtskraftfrage doch die Form des Verfahrens, nicht die materielle Natur des Prozessgegenstandes.

verständlich reicht die Rechtskraft aber nicht über den Prozessgegenstand[27]) hinaus; und da ferner *res judicata* nur *inter partes jus facit*, so ergiebt sich der Satz: Durch das (sei es positive, sei es negative) Sachurteil im objektiven Verfahren wird das Klagerecht gegen den betreffenden zu Gehör gelangten Einziehungsinteressenten insoweit konsumiert, als es sich um Einziehung oder Unbrauchbarmachung des im objektiven Verfahren vom Kläger in Anspruch genommenen Gegenstandes handelt. Insoweit ist also fortan ein objektives wie subjektives Verfahren ausgeschlossen[28]). Dagegen steht das Urteil nicht entgegen: einem Verfahren, das sich auf einen anderen Einziehungs- oder Unbrauchbarmachungsgegenstand richtet[29]); einem Verfahren, das den Strafanspruch mit den Nebenansprüchen (unter Ausschluss des Einziehungs- u. s. w. Anspruchs an dem betreffenden konkreten Gegenstande), realisieren will[30]); einem Verfahren gegen eine andere Person[31]).

Was umgekehrt die Frage nach der Rechtskraft eines in einem Vollstrafprozess ergangenen (verurteilenden oder freisprechenden) Sachurteils in Ansehung der Einziehung und Unbrauchbarmachung anlangt, so ist

1. durch ein solches Sachurteil bezüglich der abgeurteilten Person u. s. w. in Ansehung des Prozessgegenstandes, wozu die Einziehung ja gehört, ungeteilt *res judicata* eingetreten, sollte selbst der Einziehung oder Unbrauchbarmachung keine Erwähnung geschehen sein[32]). Die Rechtskraft über den ganzen Prozessgegenstand schliesst in sich die Rechtskraft über seine Teile. So ist namentlich gegen den rechtskräftig Freigesprochenen jedes objektive Verfahren ausgeschlossen.

2. Dagegen steht das Urteil einem Vollstrafprozess oder objektiven Verfahren gegen eine andere Person nicht entgegen[33]), gleichviel um welche Gegenstände es sich handelt. So hindert z. B. die

---

[27]) Oben I.

[28]) So wohl auch Bennecke 702. Anders Binding, Grdr. 212; teilweise auch Herschel 32 ff.; Glücksmann 35 ff.

[29]) Vgl. Glücksmann 42.

[30]) Vgl. Glücksmann 35, 47.

[31]) Vgl. Glücksmann 38.

[32]) Vgl. oben § 61, IV, 4. Anscheinend a. M.: Bennecke 698 Anm. 1; Herschel 28. Teilweise abweichend Glücksmann 27 ff. Das Reichsgericht lässt Konsumtion zu insoweit die Einziehung u. s. w. Strafe sei, (das ist sie aber niemals, oben S. 203), E. VIII, 349; R. V, 389; nicht aber, wo sie Polizeimassregel sei, E. XIV, 161, VIII, 400. Vgl. dagegen oben Anm. 26.

[33]) Abweichend Herschel 30.

Freisprechung des als Verfassers einer strafbaren Schrift Angeklagten ein objektives Verfahren gegen den Buchhändler u. s. w. (§ 41 St.G.B.) nicht[34]).

XII. Gegen das rechtskräftige Urteil ist wie sonst Wiederaufnahme möglich[35]).

## § 153.

### VI. Das Verfahren vor den Konsular- und Kolonialgerichten.[1])

Die deutschen Konsular- und Kolonialgerichte sind, wiewohl sie als ordentliche Gerichte anzusehen sind[2]), doch irregulär organisiert, wie auch das Verfahren vor ihnen irregulär gestaltet ist. Im nachfolgenden sollen die wesentlichsten Züge der Konsular- und Kolonialgerichtsbarkeit kurz skizziert werden.

I. Die Organisation der deutschen Konsulargerichte und das Verfahren vor ihnen regelt sich nach dem Gesetz über die Organisation der Bundeskonsulate vom 8. November 1867 und dem Gesetz über die Konsulargerichtsbarkeit vom 10. Juli 1879 (letzteres nachstehend citiert mit „K.G.G.").

Die Konsulargerichtsbarkeit erstreckt sich, konkurrierend mit der inländischen Gerichtsbarkeit, ihrem persönlichen Wirkungskreise nach auf diejenigen deutschen Reichsangehörigen und Schutzgenossen, die in den deutschen Konsularbezirken wohnen oder sich aufhalten, § 1 Abs. 2 K.G.G.

Den Mittelpunkt der konsulargerichtlichen Organisation bildet der Konsul, so jedoch, dass nicht jeder Konsul Gerichtsbarkeit hat, sondern nur der vom Reichskanzler dazu ermächtigte, und mit der weiteren Massgabe, dass der Reichskanzler auch anderen Beamten neben und sogar an Statt des Konsuls die Ausübung der Konsulargerichtsbarkeit übertragen kann, § 5 K.G.G.

Die konsularischen Gerichtsbehörden (Konsulargerichte im weiteren Sinne) sind

1. der Konsul (bezw. der sonstige mit der Gerichtsbarkeit ausgestattete Beamte) allein;

2. das Konsulargericht im engeren Sinne, Konsulatsgericht, bestehend aus dem Konsul als Vorsitzendem und zwei, in schwereren Fällen (K.G.G. § 28) vier Beisitzern, K.G.G. §§ 6, 9. Die Beisitzer werden vom Konsul auf die Dauer eines Jahres ernannt und bei ihrer ersten Dienstleistung beeidigt, K.G.G. §§ 7, 8.

Das Personal der Rechtsanwälte, Gerichtsschreiber und Gerichtsvollzieher bestimmt sich nach Entschliessung des Konsuls, K.G.G. §§ 10, 11.

---

[34]) Zu einer Einziehung kann es in diesem Falle natürlich — vgl. oben S. 682 — nur dann kommen, wenn das Gericht eine durch die Schrift begangene strafbare Handlung feststellt; eine solche Feststellung kann aber das Gericht sehr wohl sogar bezüglich des Freigesprochenen in einem der Freisprechung entgegengesetzten Sinne treffen, da ja die Gründe des Urteils nicht in Rechtskraft erwachsen. Vgl. oben S. 418; Glücksmann 52; Herschel 38.

[35]) Meves H. H. II, 465; Max Berner, *Ne bis in idem* 21; Friedländer 68. A. M. Binding, Grdr. 212; Birkmeyer 805.

[1]) Vgl. hierzu auch R. Schmidt, Lehrbuch des Civilprozessrechts, § 42 II. Das Gesetzes- und Verordnungsmaterial ist zusammengestellt bei Gareis, Deutsches Kolonialrecht 1888; Riebow, Die deutsche Kolonialgesetzgebung 1893; Kolisch, Kolonialgesetzgebung 1896. Dazu: Verordnung betreffend die Rechtsverhältnisse in Kiautschau vom 27. April 1898. Vgl. auch Binding, Grdr. 56.

[2]) Oben S. 467 Anm. 10.

Die Funktionen des Konsuls als Richter sind die des Amtsgerichts, des Amtsrichters und des Strafkammervorsitzenden, K.G.G. §§ 12, 22; das Konsulatsgericht steht an Stelle des Schöffengerichts und der (erstinstanzlichen) Strafkammer, § 12 K.G.G.

Charakteristisch für die Konsulargerichtsbarkeit ist die Nichtgeltung des Anklageformprinzips. Eine Staatsanwaltschaft giebt es nicht, ihre Funktionen übt der Konsul aus, der, wie jene, dem Legalitätsprinzip unterstellt ist, §§ 24—25 K.G.G. Dem entsprechend fällt auch die Klageerhebung hinweg, und der Eröffnungsbeschluss hat insofern die Funktion der Anklageschrift zu übernehmen, als er auch die Beweismittel anzugeben hat, K.G.G. § 27. Lehnt der Konsul in seiner staatsanwaltschaftlichen Funktion ein Einschreiten ab, so ist dagegen ein Klageprüfungsverfahren nach § 170 St.P.O. zulässig; und zwar so, dass die Entscheidung des Konsulatsgerichts über die Frage der Klageerhebung sofort, ohne vorgängige Beschwerde an den „vorgesetzten Beamten der Staatsanwaltschaft", extrahiert werden kann, weil es zwar einen Vorgesetzten des Konsuls, den Reichskanzler, nicht aber einen „vorgesetzten Beamten der Staatsanwaltschaft" über dem Konsul giebt[3]).

Gegen die Urteile in Übertretungssachen giebt es kein Rechtsmittel, andere konsulargerichtliche Urteile sind mit Berufung anfechtbar; diese geht an das Reichsgericht als letzte Instanz, K.G.G. §§ 33, 34, 36, vgl. §§ 39, 40.

Die Beschwerde ist prinzipiell in demselben Umfange, wie nach der St.P.O. gegeben[4]), und zwar entscheidet über Beschwerden gegenüber dem Konsul das Konsulatsgericht, über Beschwerden gegenüber dem Konsulatsgericht das Reichsgericht, §§ 35, 36 K.G.G.

Eine Anfechtung der Entscheidungen des Konsulatsgerichts durch den dabei überstimmten Konsul — etwa nach Art der modernen verwaltungsgerichtlichen Bestimmungen — sieht das Gesetz nicht vor. Anfechtungsberechtigt ist nur der Angeklagte. Dagegen kann die Wiederaufnahme des Verfahrens auch von Amts wegen erfolgen, § 41 K.G.G., was mit dem Ausschluss des Anklageformprinzips harmoniert.

Insoweit das Reichsgericht in Konsularsachen thätig wird, greifen wieder die Sätze des G.V.G. und der St.P.O. Platz (Mitwirkung der Reichsanwaltschaft u. s. w.); eine Ausnahme s. in § 40 K.G.G.

Die Begnadigung gegenüber Urteilen des Konsuls wie des Konsulatsgerichts wird vom Kaiser ausgeübt, § 42 K.G.G.

Für die die Zuständigkeit der Strafkammern übersteigenden Strafthaten sind nicht die Konsulargerichte zuständig, sondern nur die inländischen Gerichte[5]).

---

[3]) E. XXIV, 220. Die Sachlage ist hier dieselbe wie gegenüber dem ablehnenden Bescheid der Reichsanwaltschaft, oben S. 485.

[4]) Deshalb findet auch der die weitere Beschwerde ausschliessende § 347 St.P.O. in dem Falle Anwendung, wenn der Konsul in richterlicher Eigenschaft, und auf dagegen erfolgte Beschwerde das Konsulatsgericht entschieden hatte, E. XXIV, 220. Dagegen ist die Beschwerde (an das Reichsgericht) in dem Falle zulässig, wenn der Konsul in staatsanwaltschaftlicher Funktion die Einleitung eines Verfahrens abgelehnt, und das Konsulatsgericht im Klageprüfungsverfahren (also als erste Instanz) entschieden hatte, da § 346 Abs. 3 — oben S. 486 bei Anm. 26 — hier nicht zutrifft, E. XXIV, 220.

[5]) Vgl. aber K.G.G. § 31.

II. Die Organisation der Gerichte in den deutschen Schutzgebieten und das Verfahren vor ihnen beruht auf dem Gesetz über die Rechtsverhältnisse der deutschen Schutzgebiete vom 15. März 1888 (nachstehend citiert mit „Sch.G.G.").

Grundsätzlich sind auf die kolonialen Verhältnisse die einschlägigen Bestimmungen des K.G.G. übertragen in der Weise, dass an Stelle des Konsuls der vom Reichskanzler zur Ausübung der Gerichtsbarkeit ermächtigte Beamte („Richter" im Schutzgebiet), an Stelle des Konsulatsgerichts das „Gericht des Schutzgebiets" tritt. § 2 Sch.G.G.

Nach § 3 Sch.G.G. können jedoch durch Kaiserliche Verordnung bestimmte Abweichungen festgesetzt werden; so können namentlich

1. auch andere Personen, als die in den Schutzgebieten ansässigen und aufhältlichen Deutschen und Schutzgenossen der Kolonialgerichtsbarkeit unterstellt werden[6]);
2. die Mitwirkung einer Staatsanwaltschaft vorgeschrieben werden[7]);
3. das Kolonialgericht auch für Schwurgerichtssachen zuständig erklärt werden;
4. ein Berufungs- und Beschwerde-Instanzenzug im Schutzgebiete selbst (statt an das Reichsgericht) eingerichtet werden[8]).

## § 154.

## ANHANG I.

## Die wesentlichen Züge aus der Geschichte des Strafprozessrechts[1]).

Wie das deutsche Recht der Gegenwart überhaupt, so ist auch das deutsche Strafprozessrecht kein Rechtsgebilde von reindeutscher Herkunft. Mit dem germanisch-deutschen Strafprozessrecht, wie es bis gegen Ausgang des Mittelalters galt, vermischte sich infolge der Rezeption des römischen Rechts das römische Strafprozessrecht, das freilich seinerseits nicht rein römisch, sondern römisch-

[6]) Soweit dies nicht geschieht, entbehrt namentlich der Prozess gegen Eingeborene der gesetzlichen Grundlage; die erforderlichen Anordnungen sind in der Hauptsache kraft erfolgter Delegation Sache des Reichskanzlers, vgl. Verordnung vom 25. Februar 1896 für die afrikanischen Schutzgebiete. Für Neu-Guinea vgl. die Strafverordnung für die Eingeborenen vom 21. Oktober 1888; für Ostafrika, Kamerun und Togo die Verfügung vom 22. April 1896.

[7]) Geschehen durch Verordnung vom 13. Dezember 1897 für die Hauptverhandlung in erster Instanz, für die Einlegung von Rechtsmitteln und das Verfahren zweiter Instanz; der Staatsanwalt wird von dem obersten Beamten des Schutzgebiets aus den Beamten des letzteren, eventuell aus den sonstigen geeigneten Gerichtseingesessenen bestellt.

[8]) Z. B. geschehen für Kamerun und Togo.

[1]) Vgl. Glaser I, 49 und H. H. I, 5, Geyer 23, v. Kries 11, Ullmann 45, besonders aber Binding Grdr. 5 und Birkmeyer 806. Dort auch Hinweise auf das Quellenmaterial, sowie weitere Literaturangaben; zur deutschen Rechtsgeschichte speziell ist ausser den Lehr- und Handbüchern besonders heranzuziehen: Dahn, Könige der Germanen Band I bis VIII, 1861—1900.



kanonisch-italienisch war und in dieser Gestalt germanische Rechtselemente mitbrachte, die es in seinem Entwickelungsgange aufgesogen hatte. Das Produkt der Rezeption war das „gemeine deutsche Strafprozessrecht“; durch die Peinliche Gerichtsordnung Karls V. von 1532 (P.G.O., *Constitutio Criminalis Carolina, CCC.*) erhielt dasselbe teilweise eine gesetzliche Grundlage. Verschiedene Partikulargesetzgebungen verdrängten später für ihren Bereich das gemeine Recht; doch war zunächst der Bruch mit dem letzteren im wesentlichen nur ein formeller, kein inhaltlicher. Zum inhaltlichen Abgehen von dem gemeinen Prozess gab erst die geistige Bewegung den Anstoss, die sich an die französische Revolution anschloss. Diese geistige Bewegung erzielte um die Mitte des 19. Jahrhunderts eine stark durch das — seinerseits wieder zum Teil vom englischen Recht beeinflusste und viel stärker als der gemeine Prozess von germanischen Rechtsgedanken beherrschte — französische Recht *(Code d' instruction criminelle 1808)* beeinflusste Landesgesetzgebung. Der so geschaffene Strafprozess pflegt als der „reformierte Strafprozess“ bezeichnet zu werden. Auf ihm beruht in der Hauptsache die deutsche Reichsgesetzgebung von 1877 [2]).

I. Das germanisch-deutsche Recht [3]).

1. Der Schwerpunkt der germanischen Gerichtsverfassung lag ursprünglich bei der Gesamtheit der Rechtsgenossen, der Volksversammlung, dem *thing,* und zwar grundsätzlich bei der Hundertschaftsversammlung, teilweise auch bei der Landesgemeinde, der die ganze Völkerschaft umfassenden Versammlung. Der Vorsitzende oder „Richter“ — in der Hundertschaftsversammlung der *thunginus,* Gaufürst — machte nach verhandelter Sache nur den Urteilsvorschlag, der erst durch „*vollbort*“ der Versammlung (des „Umstandes“) zum Urteil wurde. Bei den Franken wurde der Urteilsvorschlag später Sache der sieben Rachimburgen, an deren Stelle unter Karl dem Grossen sieben auf Lebenszeit ernannte Schöffen *(scabini)* traten; der Vorsitz ging auf den vom Könige ernannten Grafen über; auch entwickelte sich neben dem Volksgericht das Königsgericht. Aber das Charakteristikum der germanischen Gerichtsverfassung, die Trennung der Funktionen des „Richters“ von denen der „Urteiler“ blieb bestehen. Dies gilt auch noch für die Zeit der Rechtsbücher.

2. Der Strafprozess war — von Hause aus noch ungeschieden vom Civilprozess — Parteiprozess, es galt Akkusationsmaxime, und zwar war das Anklagen Sache des Verletzten und seiner Sippe.

Die Rügegerichtsbarkeit (Verfolgung der Verbrechen durch königliche Beamte, später durch die Freischöffen beim Fehmgericht) blieb Ausnahme.

3. Das Verfahren war mündlich und öffentlich.

---

[2]) Oben S. 17.

[3]) Meist wird bei Darstellung der geschichtlichen Entwickelung das römische Recht vorangestellt. Das ist methodisch unrichtig, denn will man die „deutsche“ Rechtsentwickelung schildern, so muss man von dem anfänglichen einheimischen Recht den Ausgang nehmen. Das römische, wie später das französische Recht erscheint nur als ein — wenn auch dem Strome die Richtung gebender — Nebenfluss; die Betrachtung seines Laufs muss sich daher an der Stelle in die Darstellung eingliedern, wo er in den Strom des germanischen Rechts eingemündet ist.

Um die Ermittelung der Wahrheit bemühte sich nicht das Gericht selbst, es galt vielmehr, modern gesprochen, Verhandlungsmaxime. Das Geständnis des Beklagten (d. i. formelles Schuldbekenntnis) führte direkt zur Verurteilung.

4. Die Prozesshandlungen waren strenge Formalakte, ein für alle Mal fest bestimmte Worte und begleitende symbolische Handlungen. Verfehlung in der Form brachte das Unterliegen im Prozess mit sich.

Das Beweisrecht hatte nicht die relevanten Thatsachen zum Gegenstande, sondern das Recht der Partei. Der Beweis wurde geführt durch Eid der Partei, die beschwor, dass sie im Rechte sei, wozu jedoch regelmässig der Eid von Eideshelfern („Gezeugen") hinzutreten musste des Inhalts, dass der Eid des Hauptschwörers „rein und nicht mein" sei. Das Beweisendürfen war daher eine Vergünstigung. Sie kam grundsätzlich dem Beklagten zu (Reinigungseid). Der Kläger und nicht der Beklagte wurde zum Eid zugelassen, wenn der Beklagte auf handhafter That ergriffen worden war.

Später traten — zum Ersatz für die nicht immer (z. B. nicht bei Eidesunfähigkeit) möglichen Eide — als Beweismittel die Gottesurteile (Ordalien) hervor: Kesselfang, Wasserprobe u. s. w., unter die im weiteren Verlaufe auch der Zweikampf eingegliedert wurde.

5. Das Urteil erging vor der Beweisaufnahme; war eine solche erforderlich, d. h. war der Beklagte nicht geständig, so entschied es darüber, wer näher zum Beweise sei, ob der Kläger oder der Beklagte; es war deshalb „zweizüngig", bedingtes Endurteil, d. h. setzte für den Fall, dass der Beweis in gewissem Sinne ausfalle, die Verurteilung, für den entgegengesetzten Fall die Freisprechung fest.

6. Rechtsmittel gegen das Urteil gab es nicht. Die „Urteilsschelte" war kein Rechtsmittel, sondern eine Missbilligung des Urteilsvorschlags vor gesprochenem Urteil mit der Wirkung, dass über die Richtigkeit oder Unrichtigkeit des erhobenen Vorwurfs der Ungerechtigkeit ein Zwischenverfahren (Beweis durch Gottesurteil, besonders Zweikampf, u. s. w.) sich einschob, nach dessen Erledigung das Urteil gesprochen wurde.

II. Das römisch-kanonisch-italienische Recht.

1. Als Richter fungierten im ältesten Rom der König oder seine Beamten, im republikanischen Rom zunächst die Konsuln, später die *comitia*, also die Bürgerversammlung selbst, insonderheit die Centuriatkomitien, weiterhin besondere Ausschüsse, *quaestiones*, die anfänglich von Fall zu Fall eingesetzt, späterhin derart ständig berufen waren *(quaestiones perpetuae)*, dass jede *quaestio* Gerichtshof für je eine Deliktsart (*crimen repetundarum, crimen falsi* u. s. w.) war. In der Kaiserzeit verdrängte der sich immer weiter ausdehnende Extraordinarprozess, in dem kaiserliche Beamte (oder der Kaiser selbst) Recht sprachen, den Quästionenprozess in stetiger Entwickelung.

Auch der kanonisch-italienische Prozess war Beamtenprozess.

2. Der römische Strafprozess war, insoweit es sich um die *delicta privata* handelte, nichts anderes, als ein auf Privatstrafe gerichteter Civilprozess; aber auch der Strafprozess wegen eines *crimen publicum* war ein dem Civilprozess sehr stark ähnelnder Parteiprozess. Es galt Anklageprinzip und zwar in Form des Popularklageprozesses, wenn auch so, dass gewisse Beamte die Amtspflicht hatten, in gewissen Fällen Anklage zu erheben.



Das kanonische Recht änderte hieran dem Grundsatze nach nichts. Wohl aber bildeten sich hier vier „Ausnahmen“ von dem Grundsatze aus, die praktisch den Grundsatz ausser Anwendung setzten. Wenn nämlich entweder ein Verbrechen offenkundig sei (*manifestum*), oder jemandem durch greifbares Gerücht ein Verbrechen schuld gegeben werde (*infamatio* oder *diffamatio*), oder eine glaubwürdige Anzeige vorliege (*denunciatio evangelica*), oder im Laufe einer anderen Untersuchung einredeweise eine Beschuldigung geltend gemacht werde (*exceptio*), dann solle der Richter *ex officio* einschreiten können. Es galt in diesen Fällen also Offizialprinzip mit Inquisitionsform.

Fortan galten — auch in der Fortbildung des Prozesses durch die italienische Jurisprudenz — Akkusations- und Inquisitionsprozess neben einander.

3. In Rom galt Verhandlungsmaxime. Dabei blieb es — auch in nachrömischer Zeit — solange das Akkusationsprinzip herrschte. Mit der Inquisitionsmaxime aber kam auch die ihr verschwisterte Instruktionsmaxime zur Geltung.

Das Verfahren war in Rom mündlich und von Hause aus öffentlich; erst die Verlegung der Verhandlung vom Forum weg in Gerichtssäle führte im Laufe der Zeit zum Ausschluss des Publikums.

Der Übergang des mündlichen Prozesses in den schriftlichen wurde durch das kanonische Recht vermittelt, welches zwar nicht die erste, wohl aber die zweite Instanz auf die Prozessakten anwies. Durch die mittelalterliche italienische Wissenschaft wurde dann der völlige Bruch mit dem Mündlichkeitsgrundsatz herbeigeführt, womit auch die Heimlichkeit des Verfahrens vollends besiegelt wurde.

4. Die Anklage wurde im römischen Quästionenprozess nicht unmittelbar bei dem Gerichtshof erhoben; dem Verfahren vor diesem (*in judicio*) ging vielmehr wie im Civilprozess ein Verfahren vor dem Magistrat (*in jure*) voran, bestehend in den *sollemnia accusationis:*

der *postulatio rei,* d. i. der mündlichen Erklärung des Anklägers, dass er klagen wolle;

der *delatio nominis*, d. i. der Nennung des Beklagten und seiner That;

der *inscriptio* und *in crimen subscriptio,* d. i. der Niederschrift der Anklage und Unterschriftabgabe durch den Ankläger;

der *nominis receptio*, d. i. der prätorischen Eintragung des Beklagten in die Beklagtenliste, vergleichbar etwa dem heutigen Eröffnungsbeschluss.

Sodann wurde, nunmehr „*in judicio*“, aus der Zahl der *judices quaestionis* das Spruchkollegium ausgeloost, wobei den Parteien ein Ablehnungsrecht zukam, und demnächst die zur Ausübung berufenen Richter vereidigt (*jurati* = Geschworene).

Die materielle Verhandlung selbst begann mit einem Vortrag der Anklage durch den Ankläger, worauf die Gegenrede des Beklagten oder seines Anwalts folgte; der Prozess war also scharf als Parteiprozess pointiert. Dasselbe gilt von dem sich nun anschliessenden Beweisverfahren: jede Partei führte ihre Beweismittel dem — die Beweisaufnahme lediglich entgegennehmenden — Gerichtshof vor.

Der kaiserliche Prozess stiess die Formen des Quästionenprozesses ab; die *extraordinaria cognitio* geschah in einem sich dem Ermessen des leitenden und erkennenden Beamten anschmiegenden Verfahren.

Das römische Beweisrecht war nicht wie das germanische auf starre Formalakte gerichtet, sondern darauf, den Urteilenden persönlich die Überzeugung von der Richtig-

keit der Thatsachen zu verschaffen durch Vernehmung von Zeugen u. s. w. Dabei blieb es auch im kanonischen Recht, so jedoch, dass in dieses aus dem germanischen Recht der Reinigungseid des Beklagten eindrang (*purgatio canonica*), über dessen Anwendung dann die italienischen Schriftsteller, anknüpfend an das Statutarrecht der ober- und mittelitalienischen Städte, genauere Sätze herausbildeten.

Mehr und mehr entwickelte sich auch die formale Beweistheorie, die den Wert der einzelnen Beweismittel zu beurteilen nicht dem Gericht überliess, sondern durch ein für alle Mal gültige feste Regeln im Voraus festzustellen unternahm.

Als ein vermeintliches Mittel zur Förderung der Wahrheitserforschung kannte das römische Recht die Folter, Tortur (*quaestio*), sei es zur Erzielung eines Geständnisses, sei es zur Erhärtung einer Zeugenaussage. In republikanischer Zeit wurden nur Sklaven gefoltert, in der Kaiserzeit aber auch Freie mit Ausschluss gewisser privilegierter Personenklassen (z. B. der *milites*). Das kanonisch-italienische Recht folgte hierin dem römischen Recht.

5. Das Urteil war zur Zeit der *crimina legitima* gegenüber dem heutigen Recht dadurch wesentlich vereinfacht, dass auf diese Verbrechen eine absolute Strafe gesetzt war; der Ausspruch des Gerichts lautete daher, sofern letzteres die Sache nicht für noch nicht genügend aufgeklärt hielt (*„Non liquet“*), lediglich auf Verurteilung schlechthin (*„Condemno“*) oder auf Freisprechung (*„Absolvo“*).

Erst der Extraordinarprozess fügte zu der Thätigkeit des Gerichts die Strafzumessung hinzu.

6. Als Rechtsmittel gegen das Urteil erwuchs im Extraordinarverfahren die Appellation an den Kaiser oder ein höheres Gericht.

III. Das Zeitalter der Rezeption brachte in Widerstreit mit einander die germanischen Rechtseinrichtungen einerseits und die römisch-kanonisch-italienischen andererseits; Laiengerichte und Trennung der Richter- und der Urteilerfunktionen einerseits, — gelehrte Gerichte andererseits; mündlicher öffentlicher Anklageprozess einerseits, — schriftlicher geheimer Inquisitionsprozess andererseits; formales Beweisrecht einerseits, — freie Beweiswürdigung andererseits u. s. w.

Die Verworrenheit und Unsicherheit der so geschaffenen Zustände drängte nach Klärung und solche konnte durchgreifend nicht anders geschehen, als auf dem Wege der Gesetzgebung[4]). Die Abhülfe brachte die *Carolina*, die Peinliche Gerichtsordnung Karls V. von 1532, hervorgegangen aus der *Bambergensis*, der Bambergischen Halsgerichtsordnung von 1507, deren Verfasser Johann Freiherr zu Schwartzenberg und Hohenlandsberg war. Eine Kodifikation im modernen Sinne war die *Carolina* freilich nicht. Sie regelte nur einen Teil des Rechtssystems *expressis verbis*, und zwar unter eklektischer Verbindung germanischer und fremdrechtlicher Rechtsgedanken, indem sie im übrigen das römisch-kanonisch-italienische Recht als subsidiär geltendes bestehen liess.

[4]) Es ist lehrreich, festzustellen, dass gerade Strafprozess und Strafrecht es waren, die den durch die Rezeption geschaffenen Wirrwar nicht vertrugen, während Privatrecht und Civilprozess sich noch Jahrhunderte lang mit dem unsicheren Zustande behalfen, — ein deutliches Zeichen dafür, wie unendlich intensiver die Strafjustiz an den Lebensnerv des Staates rührt als die Civiljustiz, und dafür, dass jene somit unendlich wichtiger als diese!



Die Fortbildung des Strafprozessrechts geschah von da ab durch die Gerichtspraxis, den *usus fori*, der fürs erste in enger Fühlung mit der italienischen Literatur blieb und im Laufe der Zeit übrigens auch die *lex scripta*, die *Carolina* selbst, überwucherte und zurückdrängte.

IV. Dieses gemeine Strafprozessrecht, wie es sich auf der Grundlage der CCC. entwickelte, wies folgende Hauptzüge auf:

1. Aus der germanischen Gerichtsverfassung behielt die *Carolina* die ungelehrten Gerichte mit der Trennung der Urteiler- und der Richterfunktion bei: das Urteil sprechen die Schöffen, der Richter hat dabei kein Stimmrecht. Der Sache nach freilich drückt bereits die *Carolina* selbst die Schöffen bis zur Bedeutungslosigkeit herab, indem sie ihnen einschärft, in allen irgendwie zweifelhaften Fällen „Rats zu pflegen", d. h. bei den Oberhöfen, der Obrigkeit, den Juristenfakultäten u. s. w. Rat zu holen. Daraus entwickelte sich das Institut der „Aktenversendung", wodurch der Schwerpunkt der Rechtsprechung von den Gerichten selbst wegverlegt wurde, denen nur die Publikation des eingeholten Urteilsspruchs übrig blieb.

Aus den Schöffen wurden später ganz naturgemäss blosse Solennitätszeugen. Urteiler wurde der Richter selbst.

2. Aus dem fremden Recht übernahm die CCC. die Duplizität des Akkusations- und des Inquisitionsprozesses, sodass also der Richter nicht bloss auf Klage, sondern unter Umständen auch ohne solche einschreiten konnte. Im Laufe der Entwickelung verschwand aber der Anklageprozess *de facto* immer mehr.

3. Die Mündlichkeit und Öffentlichkeit wurde von der *Carolina* aufrecht erhalten für den „endlichen Rechtstag". Aber freilich war dieser nicht eine Hauptverhandlung in unserem Sinne, sondern nur der formale Abschluss des Verfahrens. Die Stoffsammlung bestand in successiver Niederlegung der Zeugenaussagen u. s. w. in den Akten; und diese bildeten die Grundlage des Urteils. Somit war auch von Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme hier keine Rede.

Die spätere Rechtsentwickelung beseitigte den „endlichen Rechtstag" als eine überflüssige Formalität.

Die Forschungsthätigkeit des Gerichts folgte der Instruktionsmaxime.

4. Noch nicht nach der *Carolina*, wohl aber im späteren gemeinen Prozess zerlegte sich die Prozedur in die *„inquisitio generalis"* und die *„inquisitio specialis"* [5]).

Das karolinische Beweisrecht folgte dem rezipierten fremden Recht; der Formalismus des germanischen Beweisrechts wurde beseitigt. Doch verschaffte sich der Reinigungseid später wieder Geltung, namentlich infolge des sächsischen Prozesses, der sich gegenüber dem fremden Rechte spröder verhalten hatte.

Aber grundlegend wurde die *Carolina* für einen Formalismus anderer Art: die einzelnen Beweismittel wurden in vollbeweisende, halbbeweisende u. s. w. eingeteilt und dem Urteilenden die Beweiswürdigung somit entzogen. Vorsichtig bestimmte das Gesetz, dass auf Indizien hin keine Verurteilung solle erfolgen sollen, eine Bestimmung, die von der Praxis später beiseite geschoben wurde mit der Interpretation, dass auf Indizien hin zwar die *poena ordinaria* unzulässig, eine *poena extraordinaria*, „Verdachtsstrafe", aber zulässig sei.

Mit dem römischen Beweisrecht nahm die P.G.O. auch die Folter, die

---

[5]) Vgl. oben S. 464.

„peinliche Frage“ auf. Zu ihr kam es, wenn entweder ein halber direkter Beweis oder aber genugsame Indizien, die ihrerseits voll bewiesen sein mussten, vorlagen. Erst die „Aufklärungsperiode“, die zweite Hälfte des 18. Jahrhunderts, brachte die Abschaffung der Folter durch die Partikulargesetzgebungen in Fluss.

5. Das (End-)Urteil trug, wie aus dem Vorstehenden ersichtlich, römischen Charakter. Es lautete auf Ledigsprechung oder auf Verurteilung. Der *usus fori* fügte später die *absolutio ab instantia*, die einstweilige Entbindung von der Instanz, hinzu, die eine spätere Erneuerung des Verfahrens ermöglichte.

6. Rechtsmittel waren der *Carolina* unbekannt. Aber der Gerichtsgebrauch schuf solche in Gestalt der Appellation, der weiteren Verteidigung und der Nichtigkeitsbeschwerde.

V. Der moderne „reformierte“ Strafprozess unterschied sich von dem gemeinen Strafprozess vornehmlich in folgenden Punkten:

1. Das Berufsrichtertum wurde stark zurückgedrängt zu Gunsten der Laienjustiz In dieser Hinsicht wurde die Reformbewegung namentlich getragen von der Auffassung, die Laienrichter würden die kriminellen Vorkommnisse unbefangener ansehen, und die Rechtsprechung durch sie würde sich mehr in Fühlung mit dem Volksbewusstsein halten und namentlich eine einseitige Handhabung der Justiz im Sinne der herrschenden Regierung ausschliessen. Dieser Auffassung verdankte die „Jury“, das Schwurgericht, (die „Assisen“) seine Entstehung, und zwar anfänglich so, dass die Geschworenen nur die „Thatfrage“, die Berufsrichter aber die „Rechtsfrage“ zu entscheiden hatten. Als dann die Erfahrung namentlich in Preussen die Trennung der Thatfrage von der Rechtsfrage als undurchführbar erwies, erweiterte man die Funktion der Geschworenen, indem man ihnen auch die Lösung der Rechtsfrage anvertraute So gelangte man zu der widerspruchsvollen Einrichtung, dass das Gesetz von Männern zu handhaben war, die es regelmässig gar nicht oder nicht genau genug kannten — denn die Auffassung, dass die Geschworenen gar nicht an das Gesetz gebunden seien, sondern unmittelbar der „Volksüberzeugung“ Ausdruck zu geben hätten, trifft nicht zu, würde auch einen geradezu rechtlosen anarchischen Zustand bedeuten.

Die Mängel der Schwurgerichte drängten zu ihrer Ersetzung durch Schöffengerichte, bei denen die Laien mit dem Berufsrichter zusammen ein ungeteiltes Kollegium darstellen, somit unter berufsrichterlicher Aufsicht arbeiten. In dieser Form ist die Laienjustiz erträglich — aber bedeutungslos.

2. Der reformierte Strafprozess verliess die Inquisitionsform und wurde somit unter der Herrschaft der Akkusationsform zum Parteiprozess; als Staatsorgan auf Klägerseite wurde die Staatsanwaltschaft ins Leben gerufen.

3. Der reformierte Strafprozess kehrte zur Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und Öffentlichkeit zurück.

4. Das Beweisrecht wurde vom Regelzwange befreit zu Gunsten freier richterlicher Beweiswürdigung.

5. Die Entbindung von der Instanz wegen Mangels an Beweis wurde beseitigt; das Sachurteil musste ein abschliessendes, im Falle der Rechtskraft endgültig die Sache erledigendes sein.

6. Der Rechtsmittelzug wurde nach festen Sätzen ausgebildet derart, dass beiden Parteien — dem Prinzip der Waffengleichheit gemäss — das Anfechtungsrecht eingeräumt wurde.



§ 155.

ANHANG II.

## Die Literatur und Judikatur des Strafprozessrechts[1]).

### I. Literatur.

**Lehrbücher** des Strafprozessrechts von Geyer (1881), v. Kries (1892), Ullmann (1893), Bennecke (1895); auch Birkmeyer, Deutsches Strafprozessrecht (1898), ist hierher zu rechnen.

**Kommentare** zur St.P.O. besonders von: Löwe-Hellweg (9. Aufl. 1898), Stenglein (3. Aufl. 1898), John (1884—1891).

**Grundriss** des Strafprozessrechts von Binding (4. Aufl. 1900).

**Handbücher** des Strafprozessrechts, herausgegeben von v. Holtzendorff (1877 bis 1879), Glaser (1883, 1886 nebst Sonderband: Beiträge zur Lehre vom Beweis 1883).

**Aktenstücke** von Rich. Schmidt (2. Aufl. 1897), v. Hippel (1898); vgl. auch Weizsäcker, Formularbuch zu den deutschen Prozessordnungen, 2. Abteilung: Formulare zur St.P.O. (1899).

**Rechtsfälle** von Bennecke und Beling (1895).

**Zeitschriften:** Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft herausgegeben von v. Liszt und v. Lilienthal (seit 1881), Gerichtssaal, herausgegeben von Stenglein (seit 1849), Goltdammers Archiv für Strafrecht, herausgegeben von Dalcke, Suppes und Mugdan (seit 1853).

### II. Judikatur.

**Rechtsprechung des Reichsgerichts** in Strafsachen (1879—1888);

**Entscheidungen des Reichsgerichts** in Strafsachen (seit 1879).

**Sammlung von Entscheidungen des Oberlandesgerichts München** in Gegenständen des Strafrechts und Strafprozesses (seit 1881).

---

[1]) Ausführliche Zusammenstellung der Literatur und der Judikatur des Strafprozessrechts s. besonders bei Ullmann § 14, Birkmeyer §§ 13, 14, Binding Grdr. § 12. Fortlaufende Berichte über die Literatur des Strafprozessrechts enthält die Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, bisher Band I 174, 367, 632, II 164, 386, 633, III 190, 518, 717, IV 150, 343, V 580, 747, VI 622, VII 250, VIII 118, 366, IX 556, XI 263, XIII 126, XVII 101 (die ersten von Dochow, die späteren von v. Lilienthal). — Hier sollen nur diejenigen Hülfsmittel angegeben werden, zu denen der Studierende in erster Linie zu greifen hat.

# I. Quellen-Register.

**Die Zahlen bezeichnen die Seiten des Lehrbuchs; die kleinen Zahlen die Fussnoten.**


### Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetze vom 27. Januar 1877.

§ 1 19[1], 20, 21[1].
„ 2 27[1].
„ 3 28, 30[14], 30[19].
„ 4 30[14], 31, 43.
„ 5 18[6], 29, 39, 40[30].
„ 6 79[21], 95[4].
„ 7 29, 38, 40.
„ 8 68[23], 76[8], 79[22].
„ 9 68, 79[23], 451[11], 580.
„ 11 13, 18[6], 20[2], 41, 161, 519.
„ 12 286.
„ 14 217.
„ 16 49[9].
„ 17 31[21].
„ 18 20[5].
„ 21 43[10].
„ 22 49[9].

### Gerichtsverfassungsgesetz vom 27. Januar 1877.

§ 1 124, 334.
„ 2 19[8], 43[12], 48, 49.
„ 3 43[12], 49[8].
„ 4 141[2].
„ 5 43[12], 50, 76[8].
„ 6 43, 124.
„ 7 43, 80[1].
„ 8 43, 49[5], 124.
„ 9 43.
§ 10 43[12], 51[1], 66[11], 68[21].
„ 11 42[12].
„ 12 5, 28, 29, 47.
„ 13 5[1], [8], 29[13], 30.
„ 14 29.
„ 15 27[1].
„ 16 29[11], 42.
„ 17 30, 31.
„ 18 37, 163[16].
„ 19 38.
„ 21 163[16].
„ 22 31, 46, 64, 65, 540.
„ 25 65.
„ 26 65.
„ 27 25[11], 61[19], 72[2], 75, 76, 633, 657[9].
„ 28 76, 94[1].
„ 30 50, 65, 66, 74, 75, 139[12], 181, 192[13], 514[13], 573, 621[44].
„ 31 48[1], 50[17].
„ 32 50, 51[18], 54[26], 540.
„ 33 51, 52, 53.
„ 34 51, 52, 53.
„ 35 55.
„ 36 31, 51.
„ 37 51[7].
„ 38 52.
„ 39 43[6], 52, 75[5].
„ 40 52.
„ 41 51[7], 52[12].
„ 42 52, 53[18].
„ 43 52.
„ 44 52.

§ 45 53, 264, 455[9].
„ 46 53.
„ 47 53.
„ 48 52[13].
„ 49 52[13], 386.
„ 50 53.
„ 51 53, 455[9].
„ 52 53, 123[2], 54[25], 55[30].
„ 53 65[4], 123[2].
„ 54 53.
„ 55 52[12], 55.
„ 56 55, 123[2].
„ 57 52[11].
„ 58 66[6].
„ 59 31, 66.
„ 60 66, 78[19], 506.
„ 61 70[11].
„ 62 54[21], 61, 70, 386.
„ 63 43[6], 54[21], 386.
„ 64 70.
„ 65 71.
„ 66 70, 386.
„ 68 70.
„ 69 70.
„ 72 78, 109[15], 451, 539.
„ 73 25[11], 72[2], 76[8], 77, 78[14], 80[27], 94, 633[1].
„ 74 25[11], 73[4], 77, 94.
„ 75 72[2], 76, 77, 78[13], 129[13], 382[12], 427, 494, 499[5], 614[6], 633[1], 673.
„ 76 66[1].
„ 77 61[20], [27], 67[13], 514[13], 574, 578, 621[44].
„ 78 61[19], 66[7].
„ 79 67.
„ 80 78.
„ 81 543.
„ 82 67[19], 74[13], 139[12], 181, 539, 621[44].
„ 83 68, 539.
„ 84 53.
„ 85 51[18], 53.
„ 86 54.
„ 88 54.
„ 89 54.
„ 90 54.
„ 91 54, 67, 123[2], 264.
§ 93 54, 68[20], 303[6].
„ 94 54, 55[30].
„ 96 54[25], 55, 123[2].
„ 97 55.
„ 98 67[16], 308.
„ 99 67[16].
„ 109 133[17].
„ 120 68.
„ 121 70.
„ 122 48[2], 68.
„ 123 79, 451, 580.
„ 124 68.
„ 125 69[24].
„ 127 51, 64[7].
„ 130 580.
„ 134 68[21], 69[25].
„ 136 32[4], [7], 40[35], 64[5], 69, 78[15], 79[26], 80, 581.
„ 137 69.
„ 138 69, 80, 184[18], 451, 621[44].
„ 139 69.
„ 140 64, 69.
„ 141 71.
„ 142 125.
„ 143 125, 129.
„ 144 127[2], 129.
„ 145 125[15], 128[7], 130[20].
„ 146 127.
„ 147 33[17], 44[13], 124, 127[2], 128, 130[20], 273, 275, 611.
„ 148 33[17], 128, 130[20].
„ 149 125, 126.
„ 150 124, 126.
„ 151 124, 430, 509[15].
„ 152 48[2], 124, 126.
„ 153 130.
„ 154 47, 70.
„ 155 46[9], 62[20], 70.
„ 156 58, 62, 74.
„ 157 17[7], 130.
„ 158 61[19], 74, 75, 108.
„ 159 108, 109[13].
„ 160 80, 109, 451.
„ 161 614.
„ 163 107[6], 615.
„ 164 107[6].

§ 165 107[6], 615.
„ 166 107[6].
„ 167 108, 309.
„ 168 132, 309.
„ 169 107[6], 163[15].
„ 170 264.
„ 173 266.
„ 174 267.
„ 175 267.
„ 176 267, 268.
„ 177 268[25], 430.
„ 178 65[4], 268, 430, 431, 432, 433[25], 522.
„ 179 156[22], 429[7], 430, 432, 433.
„ 180 153, 156[22], 429[7], 430, 432, 433.
„ 182 152[11], 175[10].
„ 183 305, 431, 433, 451.
„ 184 431.
„ 185 195[6], 472.
„ 186 285.
„ 187 285, 286, 288, 260.
„ 189 472.
„ 190 286[13].
„ 192 287.
„ 193 245.
„ 194 68[20], 69[26], 386, 519.
„ 195 265, 386.
„ 196 387.
„ 197 387.
„ 198 113, 391, 392, 495,
„ 199 322.
„ 200 334, 392.
„ 202 302.
„ 203 302.

**Einführungsgesetz zur Strafprozessordnung vom 1. Februar 1877.**

§ 1 21[1], 119[1].
„ 3 5[1, 3], 6[8], 19[9, 11], 75[1].
„ 4 6[8], 18[6], 19[9], 168[1], 346[25].
„ 5 18, 662[2], 664[12], 668[1], 678.
„ 6 11[5], 13[10], 18, 30[16], 301[26], 324, 410, 470, 663, 668, 669[5].
„ 7 16[1].
„ 8 11[5], 20.
„ 9 21.
„ 10 21.
„ 12 21.

**Strafprozessordnung vom 1. Februar 1877.**

§ 1 72[1].
„ 2 5[3], 25[11], 90[6], 91, 92, 477, 501[2].
„ 3 25[11], 89, 90, 350, 477.
„ 4 90[6], 91, 92, 93, 350.
„ 5 25[11], 93, 95, 501[2].
„ 6 4[18], 667.
„ 7 73, 82, 87, 96, 97, 103[10], 104.
„ 8 21, 82, 85, 86.
„ 9 87, 88, 102.
„ 10 84, 87.
„ 11 87.
„ 12 100[18], 101, 102, 103, 480, 481[37].
„ 13 25[11], 87[3], 90, 91, 100[18], 102.
„ 14 25[11], 25[12], 100, 105, 481[37].
„ 15 63, 100[18], 103, 104.
„ 16 15[20], 90[8], 97[4], 98, 100, 535.
„ 17 98, 99.
„ 18 15[20], 382, 90[8], 97, 98, 382, 518[6], 535[25].
„ 19 105, 106, 481[37].
„ 20 100, 293.
„ 21 100, 180[22].
„ 22 25[11], 31[24], 52[13], 53[19], 56, 58, 136[17], 343, 367.
„ 23 56, 58, 61[20], 136[17], 367[32], 607.
„ 24 15[20], 52[13], 56[2], 57[4], 59, 62, 367.
„ 25 15[22], 57, 59.
„ 26 25[11], 59, 60, 321.
„ 27 61.
„ 28 61[17], 62, 449, 453[18].
„ 29 60, 576.
„ 30 57[8], 59, 625[18].
„ 31 24[5], 58[12, 15], 62, 65[4], 343.
„ 32 58[12], 53[19].
„ 33 61[20], 272, 371, 486, 497.
„ 34 61, 267, 399, 421, 426, 486.
„ 35 185, 403, 420, 426, 454, 489, 536, 674.
„ 36 123, 435, 436, 453, 587[10].
„ 37 17, 302, 454, 436.
„ 39 19[9, 11], 454.
„ 40 676.
„ 41 454.
„ 42 304, 539.
„ 43 304.

| | |
|---|---|
| § 44 | 305, 580, 639[18], 660[26], 664[18]. |
| „ 45 | 303[8], 305, 306, 321. |
| „ 46 | 306, 453[18]. |
| „ 47 | 306. |
| „ 48 | 353, 437. |
| „ 49 | 256, 348, 515, 580. |
| „ 50 | 74[12], 132[10], 346, 347, 353, 425, 431, 461. |
| „ 51 | 162, 163[15], 168, 169[5], 335, 349, 350, 351[65], 352. |
| „ 52 | 123, 162, 169[5], 351, 370. |
| „ 53 | 123, 162, 168, 334, 345, 351, 352, 369, 370, 527, 528. |
| „ 54 | 16[2], 344, 351, 370. |
| „ 55 | 321. |
| „ 56 | 123, 288, 344, 345[17], 355, 356, 357, 367, 409. |
| „ 57 | 345[17], 352, 358. |
| „ 58 | 345, 354, 370. |
| „ 59 | 26[13], 359. |
| „ 60 | 358, 359, 372. |
| „ 61 | 359. |
| „ 62 | 359. |
| „ 63 | 230, 359. |
| „ 64 | 18[6], 19[7], [8], 360. |
| „ 65 | 332, 360, 372. |
| „ 66 | 607. |
| „ 67 | 354. |
| „ 68 | 354, 376. |
| „ 69 | 132[10], 162, 163, 164, 346[25], 348, 349, 352, 461. |
| „ 70 | 362. |
| „ 71 | 255, 308[2], 348, 359, 515. |
| „ 72 | 334, 366, 367, 369, 370, 372, 376. |
| „ 73 | 368, 469. |
| „ 74 | 15[20], 321, 367, 368. |
| „ 75 | 287. |
| „ 76 | 334, 368, 369, 370. |
| „ 77 | 370, 461. |
| „ 78 | 371. |
| „ 79 | 372. |
| „ 80 | 371. |
| „ 81 | 320[31], 371, 372, 451[15], 453[18]. |
| „ 82 | 260, 371. |
| „ 83 | 362, 369. |
| § 84 | 372. |
| „ 85 | 364[11], 365. |
| „ 87 | 100[24], 338, 339, 368. |
| „ 88 | 338. |
| „ 89 | 338. |
| „ 90 | 338. |
| „ 91 | 123, 362, 368. |
| „ 92 | 362, 368[38]. |
| „ 93 | 338. |
| „ 94 | 158, 159, 161, 165, 192, 336, 341. |
| „ 95 | 162, 163, 336, 341. |
| „ 96 | 123, 162, 163, 335. |
| „ 97 | 168[2], 169, 335. |
| „ 98 | 131, 165, 166, 168[1], 170, 176[16], 470. |
| „ 99 | 165[8], 168, 169, 170, 171, 335. |
| „ 100 | 169, 170, 171, 470. |
| „ 101 | 169, 171. |
| „ 102 | 172, 336. |
| „ 103 | 172, 173, 337. |
| „ 104 | 173[16], 174, 175, 302. |
| „ 105 | 125[14], 131, 173, 174, 175, 470. |
| „ 106 | 175. |
| „ 108 | 165[8], 176. |
| „ 109 | 170[19]. |
| „ 110 | 168, 176, 177. |
| „ 111 | 161. |
| „ 112 | 113[22], 178, 179, 180, 192[12], 315, 320, 521[23], 635[8]. |
| „ 113 | 180, 192[12]. |
| „ 114 | 180, 184, 304, 500. |
| „ 115 | 185, 304. |
| „ 116 | 186. |
| „ 117 | 88, 187, 192[8]. |
| „ 118 | 188, 190. |
| „ 119 | 187, 297[4]. |
| „ 120 | 187[8], 188, 188. |
| „ 121 | 188, 189, 192[4]. |
| „ 122 | 188, 189, 190, 452, 453[18]. |
| „ 123 | 182, 183, 310. |
| „ 124 | 74[13], 180, 181, 183[7], 184, 196. |
| „ 125 | 178, 180, 195. |
| „ 126 | 178, 182, 183, 196, 498. |
| „ 127 | 14[11], 131, 132[13], 161, 165[8], 182[27], 194, 195, 224[15], 232. |

§ 128 132[13], 166, 180[22], 195, 196.
„ 129 196.
„ 130 14[11], 161, 182, 224[15], 232.
„ 131 131, 196, 197, 622[1].
„ 132 132[13], 185, 196, 197.
„ 133 196[19], 473.
„ 134 174[19], 473.
„ 135 159[1], 178[4], 473.
„ 136 119[7], 374, 474.
„ 137 120[17], 122, 137[4], 138, 140, 145, 154.
„ 138 137[1], 141, 142, 151.
„ 139 137[1], 151.
„ 140 79[21], 93[9], 120[17], 121[9], 139, 140, 141, 146, 147, 245, 458, 677, 678.
„ 141 138, 139[12], 140[22], 147[13].
„ 142 145.
„ 143 137.
„ 144 139[12], 143, 144.
„ 145 136, 138, 139[13], 146, 147, 151, 152, 153, 461, 523.
„ 147 113[20], 136, 148, 149, 163[14], 272.
„ 148 149, 162[12], 169.
„ 149 59[8], 120[17],[18], 154[9], 156, 157[28], 662.
„ 150 152.
„ 151 240, 501.
„ 152 123, 274, 275, 277, 474, 475, 681[9], 683[19].
„ 153 319, 507.
„ 154 100[21], 243, 299, 481, 488, 489, 497, 505[16], 509, 510[18], 610.
„ 155 118, 180.
„ 156 4, 25[11], 236, 304[13], 472, 473.
„ 157 472.
„ 158 4[16], 123, 275, 392, 468, 471, 473.
„ 159 123, 131, 132, 329, 476, 468.
„ 160 2[6], 4[17], 100[24], 108[8], 132, 133, 166, 470, 471.
„ 161 107, 131.
„ 162 107[6], 152[11], 153, 175[10], 434.
„ 163 2[6], 4[17], 100[24], 107[4], 133, 242, 469, 470, 472.
§ 164 75, 242, 469, 470[10].
„ 165 107[5], 133, 171[24].
„ 166 174[7], 471.
„ 167 106, 145, 149, 150, 271, 474.
„ 168 107[4], 241, 275, 382.
„ 169 25[11], 242, 276, 468[2], 482.
„ 170 25[11], 59[8], 68[23], 79, 124, 129[16], 217[8], 229, 303[5], 435, 437[1], 484, 485, 486, 687.
„ 171 486[25].
„ 172 74[18], 421, 422, 486.
„ 173 486.
„ 174 486.
„ 175 486.
„ 176 79[21], 94[10], 501, 502, 503, 539[1].
„ 177 503.
„ 178 98[10], 503, 504.
„ 179 98[10], 437, 505.
„ 180 98[10], 99, 453[18], 500, 505, 506.
„ 181 98[10], 99, 500, 504.
„ 182 433, 505, 506.
„ 183 56[3], 181[23], 506, 507.
„ 184 69, 181[23], 505[14], 507.
„ 185 471, 508.
„ 186 311, 471, 508.
„ 187 131[8], 507.
„ 188 332, 506, 507.
„ 189 3[6], 508.
„ 190 260, 505[15], 507.
„ 191 136, 149[11], 150, 255, 271, 287, 508.
„ 192 271, 287, 509.
„ 193 149[11], 288, 369, 436.
„ 194 113[20], 509, 271.
„ 195 509, 510.
„ 196 116.
„ 197 478.
„ 198 476, 634.
„ 199 56[8], 98[10], 99, 272, 489, 494, 497, 500, 510, 511, 513, 515[14], 585.
„ 200 56[8], 491, 497, 500, 502, 505, 506, 511[23], 634, 658, 659.
„ 201 64, 491.
„ 202 14[13], 91[16], 102, 116, 183[5], 280, 312, 423, 496, 500, 511, 534, 634[6], 659.

§ 203 91[15], 102, 121, 297, 425[2], 496, 497, 500.
„ 204 490, 492, 498.
„ 205 492.
„ 206 303[4a], 320, 510[20], 511.
„ 207 105[4], 493, 510[21], 606.
„ 208 278, 297, 423, 494, 495, 496, 500, 534.
„ 209 77[12], 99, 105[4], 490, 498, 499, 500, 511, 634[6].
„ 210 33[17], 422, 423, 535, 634[6].
„ 211 64, 75, 78[17], 260[50], 385, 430, 466, 467, 475, 488, 517, 572, 655[1], 658.
„ 212 47[18], 116.
„ 213 123, 436.
„ 214 513.
„ 215 159, 437, 512, 513, 521.
„ 216 303[5], 304, 513, 634.
„ 217 146[9], 151, 153[16], 513.
„ 218 47[18], 113[21], 119[10], 366, 512.
„ 219 119[10], 353, 362, 369, 436.
„ 220 165[7], 436, 512, 513.
„ 221 513, 514.
„ 222 150, 156[25], 255, 264, 271, 360, 514, 515, 583[10].
„ 223 150, 153[16], 255, 264, 271, 514, 516.
„ 224 150, 156[25], 264, 271, 515.
„ 225 61[20], 271, 519, 520.
„ 226 159, 520.
„ 227 151[4], 513, 523, 607.
„ 228 151[4], 262, 304, 361, 538[37].
„ 229 118[6], 178[9], 179[14], 307, 520, 521.
„ 230 178[4], 520, 521, 567, 579, 635[9], 675[6].
„ 231 155[17], 513, 520, 635[9], 666, 675[7].
„ 232 59, 154[16], 155[13], 159, 512[6], 514, 515, 516, 520, 522, 530, 534, 578[17], 583[10], 635[9], 661.
„ 233 155, 156,[21], 482[6], 521, 579, 308, 406.
„ 234 437, 521, 580, 676.
„ 235 521.
„ 236 25[11], 89, 350, 478, 480, 523.
„ 237 357, 373, 430.
§ 238 151, 329, 524.
„ 239 119[10], 151, 516, 524.
„ 240 524.
„ 241 524.
„ 242 157[28], 517, 525, 543.
„ 243 373, 525, 527.
„ 244 248[6], 287, 331, 354, 366, 52[illegible]. 577, 575, 584, 635, 636.
„ 245 156[22], 332, 513, 514, 530.
„ 246 151[1] 271, 516, 522.
„ 247 272, 524.
„ 248 252, 320, 330, 337, 338, 340, 341.
„ 249 251, 252, 255, 260, 342.
„ 250 253, 255, 341, 508, 526.
„ 251 328, 341, 342.
„ 252 253, 254, 450[13], 526.
„ 253 242, 254, 341, 450[13], 526.
„ 254 450[13].
„ 255 256, 371.
„ 256 242, 272.
„ 257 113, 136, 142[6], 151, 525, 530, 576.
„ 258 286, 531.
„ 259 14, 25[11], 114[4], 224, 314[14]. 384, 396, 411, 525, 593[15], 637, 684.
„ 260 324, 325, 376, 525.
„ 261 214, 305, 324, 326, 490.
„ 262 63, 113, 205, 206, 390[19], 393, 568.
„ 263 517, 531.
„ 264 412, 453, 517, 532, 533, 534, 537, 438, 551, 569, 575, 584.
„ 265 102[11], 260[50], 385, 475, 488, 517, 545.
„ 266 40[2], 317, 319, 376, 788, 400, 401.
„ 267 262, 288, 398, 538, 570.
„ 268 120[17], 154, 192, 403, 439.
„ 269 92[8], 96, 105[4], 382.
„ 270 12[13], 77[12], 95, 105[4], 314[14], 382, 383, 416, 502, 535, 536, 640, 661, 667.
„ 271 45[5], 311, 450, 455.
„ 272 455.
„ 273 450.
„ 274 45[5], 320[31], 378[24], 450, 457, 599.

§ 275 26[13], 303[5], 301. 311, 403, 421.
„ 276 539, 543.
„ 277 539.
„ 278 281[1], 540.
„ 279 54[15], 540.
„ 280 54[26], 264, 540.
„ 281 264.
„ 282 541.
„ 283 58, 135[11], 299, 541.
„ 284 541.
„ 285 386, 541.
„ 286 542.
„ 287 542.
„ 288 18[6], 19[7, 8], 264, 542.
„ 290 546.
„ 291 546.
„ 292 548, 549, 553[13], 557[24].
„ 293 547[15], 550, 551.
„ 294 550, 551, 554.
„ 295 554, 558.
„ 296 546.
„ 297 544, 557.
„ 298 554, 558.
„ 299 151, 559.
„ 300 559, 560.
„ 301 265, 266, 561.
„ 302 561.
„ 303 265, 266, 562.
„ 304 562.
„ 305 548[18], 562.
„ 306 563, 567[18].
„ 307 398, 564, 568.
„ 308 564, 567.
„ 309 564, 566, 567.
„ 310 566.
„ 311 546, 564[5], 566.
„ 312 566.
„ 313 561.
„ 314 568.
„ 315 570.
„ 316 570.
„ 317 398, 425[3], 426, 568, 570.
„ 318 155[14], 675.
„ 319 278, 675.
„ 320 676, 678.
„ 321 676, 678.
§ 322 59. 120[18], 154[13], 155, 676, 678.
„ 323 676, 678.
„ 324 155[16], 156[21], 676, 678.
„ 325 192, 463, 618, 676.
„ 326 36[13], 192[10], 193, 463, 618, 676.
„ 328 120[18], 138, 154[9], 155[16], 678.
„ 330 678.
„ 331 678.
„ 332 187[1], 192, 679.
„ 333 193, 679.
„ 334 693, 438[9], 679.
„ 335 193.
„ 336 678.
„ 337 191, 192[9], 679.
„ 338 119[16], 273, 306[20], 438, 660[26].
„ 339 134[4], 135, 136, 137[19], 438, 676[13].
„ 340 120[18], 154, 156[21, 26], 438, 660[26], 676[13].
„ 341 446, 573[12].
„ 342 446.
„ 343 443, 444. 448.
„ 344 134[4], 135, 136, 299, 300, 442, 447, 448.
„ 345 448.
„ 346 61[24], 62, 99, 166, 182, 362, 368, 372, 419, 430, 449, 450, 452, 483, 486, 490, 500, 610, 687[4].
„ 347 65[8], 99, 182, 372, 446, 456, 687[4].
„ 348 299, 446, 450, 451.
„ 349 438, 452.
„ 350 452.
„ 351 452.
„ 352 182, 452. 573[14].
„ 353 303[5], 305, 427, 446, 447, 453.
„ 354 572.
„ 355 305, 306, 446, 447, 573.
„ 356 573.
„ 357 438, 440, 572, 573.
„ 358 305, 572, 573.
„ 359 572, 577.
„ 360 406[5], 421, 437, 573, 574[29], 618.
„ 361 574, 587[10].
„ 362 574.
„ 363 573, 574, 576[6].
„ 364 436, 537, 574, 575.

§ 365 575.

„ 366 256, 450, 575.

„ 367 576.

„ 368 440, 576[7].

„ 369 314, 425, 427, 577, 578.

„ 370 59, 155, 156[25], 159, 308, 574, 578[18], 579, 580, 636.

„ 371 574, 579.

„ 372 443, 444, 445, 577, 651[6].

„ 373 576, 580.

„ 374 580.

„ 375 581, 589.

„ 376 589.

„ 377 15[24], 25[11], 50[17], 58[10, 11], 61[23], 71, 72[17], 96[13], 100[20], 119, 142[6, 11], 156, 269, 385, 399, 453, 584.

„ 378 385, 647[16], 684.

„ 379 385, 647[16].

„ 380 582, 583.

„ 381 446, 447, 586.

„ 382 586.

„ 383 440, 586.

„ 384 26[13], 586.

„ 385 435, 587.

„ 386 406[5], 437, 587, 618.

„ 387 587.

„ 388 79[24], 587.

„ 389 588.

„ 390 155[13], 588.

„ 391 588.

„ 392 440, 589.

„ 393 494.

„ 394 314, 425, 427, 594, 595, 596.

„ 395 596.

„ 396 651[6].

„ 397 407, 439, 592, 596, 617.

„ 398 443, 444, 445, 578, 582, 591, 592[17], 597.

„ 399 14, 16[26], 116[12], 326, 340, 341, 501, 599, 600, 602, 603, 604, 606, 619[25].

„ 400 598, 606.

„ 401 120[18], 154[9], 201, 599, 603.

„ 402 396[16], 501, 603, 604, 606.

„ 403 602.

§ 404 501.

„ 405 154, 599, 602.

„ 406 142[12], 435, 603.

„ 407 66[5], 604.

„ 408 330, 603, 605.

„ 409 330, 605, 609.

„ 410 606.

„ 411 7[8], 111[10], 116[13], 201, 216, 264, 419[2], 599, 602, 609.

„ 412 610.

„ 413 608.

„ 414 25[11], 119, 122, 154, 221, 626, 627, 629, 639.

„ 415 415, 417, 628, 629.

„ 416 222[4], 223, 277, 482[6], 483[11], 626, 633[1], 643[14].

„ 417 8[10], 67[13], 633, 645, 662, 673.

„ 418 156[22], 157[26], 297[4], 662.

„ 419 17, 662.

„ 420 19[8], 300, 642.

„ 421 634.

„ 422 91[13], 634, 673[6].

„ 423 634, 673[6].

„ 424 79, 93, 95[4], 626, 634.

„ 425 436, 453, 631, 634.

„ 426 436, 631, 634.

„ 427 122, 155, 156[22, 25], 157[20], 635, 636.

„ 428 91, 93, 642, 643, 644.

„ 429 12[18], 314[14], 384, 411, 416, 629, 633[36], 640, 673[6].

„ 430 438, 635, 636, 637, 647.

„ 431 243, 299, 305, 308, 635, 636, 638[16], 639, 646[14], 650[37], 662[30].

„ 432 219, 637, 655, 662[30].

„ 433 201[1], 627[11], 639, 640, 655.

„ 434 637, 639.

„ 435 122, 644, 645, 647.

„ 436 647.

„ 437 436, 646, 647, 649.

„ 438 647.

„ 439 647.

„ 440 647[15].

„ 441 647, 650.

„ 442 649.

„ 443 119, 202[8], 645, 650.

| § | Seiten |
|---|---|
| § 444 | 652, 653, 654, 655. |
| „ 445 | 651, 652. |
| „ 446 | 202[8], 650, 655. |
| „ 447 | 75, 82[2], 102[4], 657[9]. |
| „ 448 | 658, 424, 659. |
| „ 449 | 437, 660. |
| „ 450 | 423, 424, 660, 667. |
| „ 451 | 155[13], 243, 657[11], 660, 661, 670[13]. |
| „ 452 | 308, 662. |
| „ 453 | 30[16], 82[2], 274[9], 662, 664. |
| „ 454 | 102[4], 664, 665. |
| „ 455 | 664[13]. |
| „ 456 | 665, 667[29]. |
| „ 457 | 666, 670[18]. |
| „ 458 | 384, 666, 667, 670, 671. |
| „ 459 | 18[3], 82[2], 122, 274[9], 668, 669, 672. |
| „ 460 | 102[4], 670. |
| „ 461 | 669[10]. |
| „ 462 | 670, 671[21]. |
| „ 463 | 671, 672. |
| „ 464 | 59, 77[10], 274, 278, 672, 673. |
| „ 465 | 673. |
| „ 466 | 436, 673. |
| „ 467 | 59, 436, 645, 671[20], 674. |
| „ 468 | 673, 674. |
| „ 469 | 674. |
| „ 470 | 677. |
| „ 471 | 89[5], 478[12], 677. |
| „ 472 | 378, 380, 677. |
| „ 473 | 677, 678. |
| „ 474 | 678. |
| „ 475 | 257, 378, 380, 677, 678. |
| „ 476 | 678. |
| „ 477 | 134[7], 159, 278, 681, 683. |
| „ 478 | 120[19], 271, 683, 689, 684. |
| „ 479 | 439, 681. |
| „ 480 | 193, 463, 618, 678. |
| „ 481 | 616. |
| „ 482 | 186, 622, 623. |
| „ 483 | 19[11], 31, 75[6], 113[6], 123, 311, 613, 614[6], 619. |
| „ 484 | 11[8], 33, 610. |
| „ 485 | 33, 407[7], 618, 620. |
| „ 486 | 145[3], 622. |
| § 487 | 618, 620. |
| „ 488 | 59, 618[32], 619. |
| „ 489 | 196, 622. |
| „ 490 | 4[14], 116[12], 620. |
| „ 491 | 209, 620, 671. |
| „ 492 | 394, 416, 613, 621. |
| „ 493 | 617, 620, 623. |
| „ 494 | 416, 621. |
| „ 495 | 624, 625. |
| „ 496 | 152[9], 462, 463. |
| „ 497 | 458, 459, 583[4]. |
| „ 498 | 459. |
| „ 499 | 460, 461, 473. |
| „ 500 | 396[15], 460. |
| „ 501 | 460, 462. |
| „ 502 | 460, 462[19]. |
| „ 503 | 458, 459, 460, 461. |
| „ 504 | 460, 461, 462. |
| „ 505 | 445, 461. |
| „ 506 | 460. |

**Einführungsgesetz zur Reichs-Militärstrafgerichtsordnung vom 1. Dezember 1898.**

| § | Seiten |
|---|---|
| § 2 | 677[16]. |
| „ 14 | 481[37]. |

**Reichs-Militärstrafgerichtsordnung vom 1. Dezember 1898.**

| § | Seiten |
|---|---|
| § 9 | 512[2]. |
| „ 11 | 39[24]. |
| „ 155 | 472[19]. |
| „ 157 | 410[21]. |
| „ 173 | 473. |
| „ 230 | 358. |
| „ 282 | 264[6]. |
| „ 299 | 358[34]. |
| „ 306 | 328[39a]. |
| „ 310 | 256[34]. |
| „ 335 | 457[19]. |
| „ 356 | 677[16]. |
| „ 363 | 598[5]. |
| „ 373 | 449[1]. |
| „ 416 | 406[6], 420[38]. |
| „ 420 | 406[6]. |
| „ 454 | 613[1], 622[1]. |

**Gesetz über die Konsulargerichtsbarkeit vom 10. Juli 1879.**

§ 1 686.
„ 5 686.
„ 6 686.
„ 7 686.
„ 8 686.
„ 9 686.
„ 10 686.
„ 11 686.
„ 12 687.
„ 22 687.
„ 24 240, 687.
„ 25 682.
„ 27 687.
„ 28 686.
„ 31 687[5].
„ 33 687.
„ 34 687.
„ 35 687.
„ 36 687.
„ 41 16[26], 687.
„ 42 687.

**Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878.**

§ 31 142[12], 144.
„ 36 144.
„ 39 143, 144[20].
„ 62 429[7].
„ 100 137[1], 142, 156[22].

**Rechtshülfegesetz vom 21. Juni 1869.**

§ 19 37[14].

**Gerichtskostengesetz vom 18. Juni 1878.**

§ 4 463[22].
„ 5 463[22].
„ 6 463[22].
„ 59 463.
„ 79 463.
„ 83 647[20], 662[30].
„ 84 647[20].
„ 85 662[30].
„ 86 461, 462.
„ 88 462.
„ 89 460.
„ 96 462.

**Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige vom 30. Juli 1878. / 20. Mai 1898.**

§ 17 362.

**Einführungsgesetz zur Civilprozess-Ordnung vom 30. Januar 1877.**

§ 12 16[1].

**Civilprozess-Ordnung vom 30. Januar 1877. / 17. Mai 1898. *)**

§ 108 (101) 662.
„ 112 (104) 662[30].
„ 113 (105) 662[30].
„ 114 (106) 662[31].
„ 166 (152) 453, 454.
„ 175 (161) 454[3].
„ 179 (164) 454[3].
„ 192 (175) 454[3].
„ 194 (177) 454.
„ 198 (181) 454[3].
„ 291 (264) 325.
„ 294 (266) 60[16], 321.
„ 449 (414) 121[5].
„ 564 (527) 593.
„ 708 (648) 199.
„ 755 (676) 619[27].
„ 766 (685) 624[18].
„ 807 (710) 624[12].
„ 883 (769) 624[12].
„ 899 (780) 624[12].
„ 928 (808) 677.

**Einführungsgesetz zum Reichs-Strafgesetzbuche vom 31. Mai 1870.**

§ 7 11[5].

**Einführungsgesetz zum Reichs-Strafgesetzbuch für Elsass-Lothringen vom 30. August 1871.**

art. XII. 625[16].

---

*) Das Register citiert nach der neuen Fassung; die Paragraphen-Ziffern der alten sind in Klammern beigefügt.

**Reichs-Strafgesetzbuch vom 15. Mai 1871.**


§ 4 14[15], 114[4], 221, 277, 384[22], 410, 552[11], 581[2].
„ 5 22[7], 23, 37, 221, 410.
„ 7 410.
„ 11 13, 18[2], 41[34].
„ 13 622.
„ 21 623.
„ 28 55[28].
„ 30 201, 405[2], 616, 624.
„ 32 268.
„ 33 268.
„ 34 268.
„ 37 22[7], 277, 410.
„ 38 203.
„ 39 203.
„ 40 162[7], 203, 278, 396, 681, 682[16], 683.
„ 41 162[7], 203, 278, 396, 681, 682[12,18], 683[19], 686.
„ 42 162[7], 210, 278, 680, 681, 682.
„ 52 676[9].
„ 55 114, 121[5], 213[60].
„ 56 114[5], 396.
„ 57 206[22].
„ 60 186[38], 623[5].
„ 61 114, 232, 233.
„ 62 229[22].
„ 63 230.
„ 64 237, 238.
„ 65 155, 225, 226, 227.
„ 66 619.
„ 67 114.
„ 68 470.
„ 70 619.
„ 71 619.
„ 73 417.
„ 74 394, 416.
„ 79 113, 394, 416, 617, 621.
„ 90 485[19].
„ 93 193.
„ 94 206[22].
„ 96 206[22].
„ 99 225.
„ 101 225.
§ 102 222[8], 228[12].
„ 103 222[8], 228[12], 626[2].
„ 104 225, 626[2].
„ 113 58[16], 175[5], 194[4].
„ 136 161[8].
„ 137 165[8].
„ 138 55[28], 347[33].
„ 139 472.
„ 140 193, 380[24], 618.
„ 161 203, 355.
„ 164 14, 161, 496.
„ 165 203.
„ 167 161[8].
„ 170 14, 226.
„ 172 12[15], 14, 234.
„ 182 226, 379[21].
„ 184 267.
„ 185 626[2].
„ 186 323, 626[2].
„ 187 626.
„ 188 652.
„ 189 226.
„ 190 326.
„ 191 14.
„ 195 226.
„ 196 228, 223, 226.
„ 197 225.
„ 198 232, 642[7].
„ 199 206[25], 396, 482[6], 641.
„ 200 203.
„ 223 206[22].
„ 223a 291.
„ 232 226, 228, 232, 238.
„ 233 206[25], 396, 641.
„ 238 12[15], 14.
„ 239 195[7].
„ 244 409.
„ 247 231.
„ 257 135[13].
„ 263 231.
„ 264 409.
„ 284 203.
„ 288 226.
„ 289 231.
„ 292 231.
„ 298 277[22].

§ 303 238, 400.
„ 319 203.
„ 334 55[29].
„ 339 375.
„ 343 280, 375.
„ 345 296.
„ 346 276.
„ 356 144.
„ 360 677.
„ 361 324, 331, 379.
„ 362 203, 409.
„ 368 663.

### Einführungsgesetz zum Reichs-Militär-Strafgesetzbuch vom 20. Juni 1872.

§ 3 410[21].

### Reichs-Militär-Strafgesetzbuch vom 20. Juni 1872.

§ 4 38[22].
„ 14 622.
„ 51 223.
„ 127 223.

### Reichsverfassung vom 16. April 1871.

Art. 2 19.
„ 4 31[2].
„ 31 40, 41[34], 490.
„ 43 50.
„ 61 38[22].
„ 68 16[2], 29[11], 42[4].
„ 75 80[27].

### Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896.

§ 104 227.
„ 186 304[10].
„ 187 355[11].
„ 1591 324.
„ 1901 154[8].
„ 1909 227.

### Vereins-Zollgesetz vom 1. Juli 1869.

§ 146 322.

### Urheberrechts-Gesetz vom 11. Juni 1870.

§ 27 224.
„ 31 369.

### Postgesetz vom 28. Oktober 1871.

§ 34 30[16].
„ 35 18[3].

### Seemannsordnung vom 27. Dezember 1872.

§ 84 232.
„ 101 6[6], 30[16], 662[2], 664[12].
„ 103 165[4], 178[4].

### Reichsbeamtengesetz vom 31. März 1873.

§ 21 87[13].
„ 25 52[10].

### Pressgesetz vom 7. Mai 1874.

§ 17 264[10].
„ 19 203.
„ 20 322.
„ 21 322.
„ 23 165[4].

### Nahrungsmittelgesetz vom 14. Mai 1879.

§ 16 657[7].

### Reichsgesetz betreffend den Verkehr mit blei- und zinkhaltigen Gegenständen vom 25. Juni 1887.

§ 7 657[7].

### Reichsgesetz betreffend die Verwendung gesundheitsschädlicher Farben vom 5. Juli 1887.

§ 14 657[7].

### Reichs-Margarinegesetz vom 17. Juli 1887.

§ 6 657[7].

### Reichsgesetz betreffend Änderung der Wehrpflicht vom 11. Februar 1888.

§ 11 677[17].
„ 26 512[2].
„ 30 512[2].

Reichsgesetz betreffend die Rechtsverhältnisse der Deutschen Schutzgebiete vom 15. März 1888.

§ 2 688.
„ 3 688.

Reichsgesetz vom 5. April 1888 (Öffentlichkeit).

art. II 267.
„ III 267.
„ IV 267.

Reichsgesetz vom 12. Juni 1889 (für Elsass-Lothringen).

§ 1 286.

Reichsweingesetz vom 20. April 1892.

§ 10 657[7].

Reichsgesetz über das Telegraphenwesen des Deutschen Reiches vom 6. April 1893.

§ 8 169[11].

Reichsgesetz zum Schutze der Warenzeichen vom 12. April 1894.

§ 17 668[1].
„ 22 668[1].

Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27. Mai 1896.

§ 1 626, 627[6].
„ 4 627[6], 635[9].
„ 7 635[9].
„ 9 635[9].
„ 10 635[9].
„ 12 221, 277, 626, 627[6].
„ 19 204.

Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.

§ 315 322.

Reichsgesetz betreffend Entschädigung unschuldig Bestrafter vom 20. Mai 1898.

§ 4 203, 609[16].

Reichsgesetz betreffend das Flaggenrecht der Kauffahrteischiffe vom 22. Juni 1899.

§ 23 322.

Bundesratsbeschluss vom 11. Juni 1885.

Ziff. 1 613.
„ 2 615.
„ 3 615.
„ 4 615.

Preussisches Ausführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz vom 24. April 1878.

§ 2 42[12], 294.
„ 3 43[12].
„ 5 70[8].
„ 23 65[2, 3], 70[8].
„ 24 65[8], 70[8].
„ 33 52[10].
„ 34 52[12].
„ 36 55[32].
„ 38 70[8].
„ 50 68[23], 451[11], 580.
„ 62 125[17].
„ 63 125[13].
„ 66 126[18].
„ 67 126[18].
„ 79 65[8].
„ 80 131[7].
„ 81 131[7].

Preussisches Ausführungsgesetz zum Gerichtskostengesetz vom 10. März 1879.

§ 28 462[21].
„ 29 463[23].

Preussische Vorfassungsurkunde vom 31. Januar 1851.

§ 30 13.
„ 30 12.
„ 31 18.
„ 49 33[17].
„ 64 13[10].

**Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten vom 5. Februar 1794.**

I. 4. § 8. 301.

16. § 415 301[26].

§ 416 301[26].

II. 20. § 596 263[2].

§ 597 263[2].

**Preussisches Gesetz vom 3. Mai 1852.**

§ 18 269[35].

**Preussisches Gesetz vom 23. April 1883 (Polizeil. Strafverfügungen).**

§ 8 664.

„ 10 667[33], 668[34].

**Preussisches Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung vom 30. Juli 1883.**

§ 132 470.

**Preussisches Gesetz vom 26. Juli 1897 (Zollstrafverfahren).**

§ 2 668[3].

„ 20 669[5].

„ 21 669[5].

„ 53 672[26].

---

**Elbschiffahrts-Additional-Akte vom 13. April 1844.**

§ 50 616[18].

**Revision der Rheinschiffahrtsakte vom 17. Oktober 1868.**

art. 40 616[18].

---

**Preussische Verordnung vom 11. März 1850 (Vereinswesen).**

§ 16 204.

---

**Preussische A.V. vom 16. Juli 1879.**

J.M.Bl. 194 454[6].

**Preussische Geschäftsanweisung für Amtsanwälte vom 28. August 1879.**

art. 24 436[3].

„ 79 662[32].

---

**Bayerisches Ausführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz vom 23. Februar 1879.**

art. 5 56[2].

„ 7 20[5].

„ 35 79[22].

„ 41 451[11].

„ 48 68[23].

„ 54 125[17].

„ 55 125[17].

---

**Hessisches Ausführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz vom 14. Mai 1879.**

art. 2 43[12].

„ 9 40[33].

„ 25 125[17].

# II. Sachregister.

Die fett gedruckten Ziffern bezeichnen die „sedes materiae“.

---

**Abbitte** 20[2].

**Abgaben,** öffentliche, Strafbescheid 668; Verwaltungsklage 672.

**Abgeordnete,** Verfolgung 13, Zeugnisverweigerung 352.

**Ablehnung,** der Richter u. s. w. 155 ff., durch den Verteidiger 136[17], der Geschworenen 540, des Dolmetschers 288; eines Antrages 426[14].

**Ablieferung** 615[12].

**Abolition 610 ff.,** 18[6], 33, Wirkung auf das Strafklagerecht 219.

**Abrogationsklausel** 18[5].

**Abschriften,** von Entscheidungen, Anfertigung 403, Zweck 311.

**Absentem** in criminibus damnari non debere 520.

**Absenzverfahren 674 ff.,** 278.

**Absenzverhandlung** 520, Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes 533, Unterschied vom Absenzverfahren 675[6].

**Absoluter** Revisionsgrund 584.

**Absolutio ab instantia** 378[16], 537.

**Abstimmung 386 ff.,** Anwesenheit der Parteien 271, Mitteilungen über den Hergang und das Stimmverhältnis in den Gründen 398.

**Abwesenheit** des Beschuldigten, Vertretung 155 ff., Verfahren bei A. 674 ff., Sicherungsverfahren 678, Einstellung 496, Strafbefehl 658, Sicherung der Strafvollstreckung durch Vermögensbeschlagnahme 618.

**Accessorische** Privatklage 646[12].

**Accusationsform** 239.

**Accusationsprinzip** 215.

**Adhäsion** 439, 652[10].

**Adhäsionsprozess** 167[22], 204[16].

**Administrativ-Strafprozess** 6; administrativer Strafbescheid **668 ff.**

**Akten,** 161[2], Editionspflicht öffentlicher Behörden 162; A. der Behörden und Beamten des Polizei- und Sicherheitsdienstes 471, als Beweismittel für ihren Inhalt 335.

**Akteneinsicht** 148, des Verteidigers 136, der Parteien 272, des Nebenklägers 646 Unbeteiligter 269.

**Aktenübersendung** 133[17].

**Allgemeinkundigkeit** 325.

**Alter** des Thäters 113, Zulässigkeit des Strafrechtsweges 213[60].
**Alternative** Prozesshandlungen 290, Fragestellung 548.
**Amtsanwalt,** Fähigkeit zum Amte 125[17], Zuständigkeit 129.
**Amtsgericht 65,** Zuständigkeit als erkennendes Gericht 75.
**Amtsrichter,** als Einzelrichter, als Vorsitzender des Schöffengerichts 65; Thätigkeit im Vorverfahren 113[19], im Ermittelungsverfahren 133, 470, selbständiges Handeln bei Gefahr im Verzuge 469, 472, als Organ der Strafvollstreckung 614; Erlass von Strafbefehlen 657.
**Analogie** 24.
**Anerkenntnis** 652.
**Anfechtbarkeit** des Urteils 16[25], wegen Beschränkung der Rechte des Beschuldigten 119[8].
**Angehörige,** des Beschuldigten 154[9], als Vertreter des nicht erschienenen Angeklagten 155; im Absenzverfahren 676, als Nebenpartei 120, bei Beschlagnahmen 166[9]; Recht zur Bestellung eines Verteidigers im Sicherungsverfahren 676.
**Angeklagter,** Begriff 118, 280, Ladung zur Hauptverhandlung 512, in der Berufungsinstanz 574, Anwesenheit in der Hauptverhandlung 520 f., Rechte 113, in der Berufungsinstanz 578, in der Revisionsinstanz 588; Entbindung vom Erscheinen in der Hauptverhandlung 522, in der Berufungsinstanz 578[17]; kommissarische Vernehmung 515, Entfernung aus dem Sitzungszimmer 271, im schwurgerichtlichen Verfahren 561; Vorführung 525; A. unter 16 Jahren, taube, stumme 140, 530.
**Angeschuldigter** Begriff 118, 280, in der Voruntersuchung 507, 510.
**Anklage 474 ff.,** Zeitpunkt 303[4a], Folgen des Nicht-Vorhandenseins 295, 385 [siehe auch „Klage"].
**Anklagebeschluss** 491.
**Anklageform** 239.
**Anklageformprinzip 239 f.,** 216[1], 247[8], Konsequenzen 434, 479, 490, 495, 641[2], 657.
**Anklageprinzip** 215.
**Anklageprozess** 239.
**Anklageschrift 475 ff.,** Zustellung an den Angeschuldigten 489, Angeklagten 494, nachträgliche Einreichung 511; Verfahren ohne 466; beim Strafbescheid 670, der Strafverfügung 665.
**Anklagezustand** 280.
**Ankläger,** bevorzugte Stellung des 112.
**Anordnungsrecht** gegenüber der Polizei 131.
**Anschlussberufung** 439[12].
**Anschlussrevision** 439[12].
**Antecipiertes** Urteil 656[3].
**Antrag** 14, Begriff 25; der Parteien 434, der auswärtigen Regierung 222[8]; nach ausländischem Recht 221; A. im nichttechnischen Sinne 472 [siehe auch Strafantrag].
**Antragsdelikte 222 f.,** Beschlagnahme 168[1].
**Antragsverjährung** 232.
**Antwort** des Verteidigers auf die Vorträge der Staatsanwaltschaft 151, 530, der Staatsanwaltschaft auf die Vorträge des Verteidigers 530.
**Anweisungsrecht,** gegenüber Richtern 43, 44[13], Staatsanwälten 126 ff.
**Anzeige** 472; = Indiz 318.

**Anzeigepflicht** von Privatpersonen, Polizei- u. s. w. Behörden 472
**Anzeygung** 318.
**argumentum** 376.
**Armenrecht** 632.
**Artikuliertes** Verhör 354.
**Ärzte,** Vernehmung 256.
**Aufruf** der Sache, der Zeugen und Sachverständigen 525.
**Aufsichtsbeschwerde** 449.
**Aufsichtsrecht,** des Reichs 32; über die Richter 44[13], Staatsanwälte und deren Unterbeamte 128.
**Augenschein** 336 ff.
**Augenscheinseinnahme** 336 ff., an Urkunden 341; Gegenwart des Verteidigers 136.
**Augenscheinsgegenstände,** -Objekte, 336[2], Mitnahme in das Beratungszimmer der Geschworenen 561.
**Ausfertigung** von Entscheidungen, Anfertigung 403, Zweck 311.
**Ausführungs-Beschluss** im Wiederaufnahmeverfahren 605.
**Ausführungsgesetze** 17.
**Auskunftsverweigerungsrecht** 350 f.
**Auslagen** 458.
**Ausland,** Begriff 87[2], als Thatort 34[1], Zuständigkeit für im A. begangene Strafthaten 22, Verfolgungspflicht der Staatsanwaltschaft 277; Bestrafungen im A. 22[6], Vornahme von Prozesshandlungen im A. 309; Entscheidung bei im A. begangenen und dort nicht strafbaren Handlungen 384[22]; Anhängigkeit eines Verfahrens im A. 22.
**Ausländer** als Thäter 34[1].
**Ausländische** Regenten 37[17], Beamte 37[17], Gerichte, Rechtskraft von deren Urteilen 410, Prozessrecht, dessen Anwendbarkeit 23, Urteile, deren Vollstreckung 616.
**Auslegung** 24 ff., eines Strafurteils zum Zwecke des Strafvollstreckung 620.
**Auslieferung** 615[12].
**Auslieferungssachen** 6[5].
**Auslieferungsverträge** 19[9]; beschränkte Verurteilung 209.
**Auslosung** der Geschworenen 540.
**Ausnahmegericht** 42.
**Aussagepflicht** des Beschuldigten 118, Zeugen 348.
**Ausschliessung** der Richter u. s. w. 55 ff., Geschworenen 540, des Dolmetschers 288, auf Antrag des Verteidigers 136[17].
**Ausschlussfristen** 305.
**Ausschuss** für Auswahl der Schöffen 52, Geschworenen 54.
**Ausserordentliche** Gerichtsbarkeit 28 f., Rechtsmittel 598.
**Ausserverfolgungsetzung** 511, Zulässigkeit 383[16].
**Austrägalgerichte** 29, 40.
**Auswärtige** Strafkammern 66[7].
**Ausweisung** 203.
**Auszüge** aus dem Urteil 403.
**Authentische** Interpretation 24.

**Beamte,** ausländische 37[17]; Pflicht zum Erscheinen als Zeuge 348.
**Beauftragter** Richter 47.
**Bedienstete** von Gesandtschaften 38[20].
**Bedingte** Prozesshandlungen 289 ff., b. Verurteilung 290[7].
**Bedingungen** der Strafbarkeit 10, 114[4].
**Befangenheit** 15.
**Befehle** 419.
**Befund der Expertise** 367[29].
**Begehungsort** 83.
**Begnadigung 611,** 33.
**Begutachtungspflicht** 369.
**Behauptungslast** 329, 434, 652.
**Beistand 156 f.,** eines Minderjährigen 154, des Privatklägers 631, Nebenklägers 122; Wahl 122.
**Beitritt** zum Privatklageverfahren 628, zur Widerklage 643.
**Belagerungszustand** 16[2].
**Beleidigungen,** Anklagepflicht der Staatsanwaltschaft bei nur auf Antrag verfolgbaren B. 277.
**Beratung 386,** im Sitzungssaal 265, öffentliche 265; Anwesenheit der Parteien 271, der Geschworenen 561, Beweisaufnahme über die Vorgänge bei der B. 334[9].
**Berechnung** der erkannten Strafe zwecks Strafvollstreckung 620.
**Berichtigungsverfahren** 546, 564 f.; Verfahren bei Zurückverweisung durch das Revisionsgericht wegen Unzulässigkeit des B. 597.
**Berichtsfälle** 278[23].
**Berufung 570 ff.,** rechtliche Natur 312, 448, Zuständigkeit 78, Verfahren bis zur Hauptverhandlung 571 f., Hauptverhandlung 574 f., Nichterscheinen des Beschwerdeführers 579, des Angeklagten 578; Entscheidung des Berufungsgerichts 577, Verwerfung der B. als unzulässig 573 ff., Verhältnis zur Wiedereinsetzung 580; gegen das Versäumnisurteil im Verfahren nach vorangegangenem amtsrichterlichem Strafbefehl 662.
**Bescheinigung** (= Glaubhaftmachung) 321.
**Beschlagnahme 164 f.,** 159, 162[10], des Vermögens 36[13], zur Sicherung der Kosten und der Strafvollstreckung 618, 676, 678, zur Herbeiführung der Gestellung 192, 678; Aufhebung 193; B. auf Anordnung der Polizei 131, zu polizeilichen Zwecken 161.
**Beschlüsse 418 f.,** als Form für Prozesshandlungen 314, als Schlussentscheidung nach der Hauptverhandlung 535, im schwurgerichtlichen Verfahren 545 [siehe auch „Entscheidungen"].
**Beschuldigter** 113, Begriff 118, 168[3], Stellung 2, 270, 279, als Partei 112, 118, als Prozesssubjekt 118; im Vorverfahren 468[3], als Beweismittel 373; Rechte 113 f, 119; Mitteilungen an den Beschuldigten über den Gang des Sicherungsverfahrens 678; Verpflichtung zum Erscheinen 118, 121, 375, zur Aussage 374; seine Gehülfen und Vertreter 133 ff, Sicherung der Person 158, Vorführung 473.
**Beschwerde 449 ff.,** rechtliche Natur 448, Devolutiveffekt 437[3], Suspensiveffekt 438, Zuständigkeit 78 f., Abänderung der durch B. angegriffenen Entscheidung durch

das Gericht selbst 299; B. bei der höheren Polizeibehörde gegen die Strafverfügung 664 [siehe auch „sofortige Beschwerde"].

**Beschwerdeführer** 438.

**Besondere** Gerichte 6; Reichsgericht als letzte Instanz 32[7].

**Besserungsanstalt,** Zustellung des Urteils auf Unterbringung in einer 154, 403.

**Bestätigung** des Urteils 620.

**Bestellter** Verteidiger 137, im Ermittelungsverfahren 145[5], Ablehnung und Ausschliessung 142[12], Fähigkeit, bestellt zu werden 143, Wahl 138, Bestellung in der höheren Instanz 147[18]; Bestellung durch das Gericht 138 ff., 244, Zurücknahme 140[22]; durch den Vorsitzenden 138.

**Beteiligte,** Anhörung 272.

**Beteiligung,** Gerichtsstand 83.

**Beurkundungshandlungen** 311.

**Beurlaubtenstand,** Hauptverhandlung gegen Personen des 512[2].

**Beweis 325 ff.,** Princip 258[44], Verhältnis zwischen direktem und Indizien-Beweis 250, bei vorheriger Entscheidung im Vorprozess 326 f., im Verwaltungsverfahren 327.

**Beweisanerbieten** 528[15].

**Beweisanträge** der Parteien **528 ff.,** im Schlussvortrag 530, im Publikationstermin 538; bedingte 289.

**Beweisantritt** 528[15].

**Beweisaufnahme,** Zeitpunkt, Umfang 331, im Vorverfahren 271, in der Voruntersuchung 507, in der Hauptverhandlung 525 ff.

**Beweisbeschluss,** Abänderbarkeit 427.

**Beweisdolmetscher** 287, 371.

**Beweiserhebung,** durch den beauftragten oder ersuchten Richter 254; kommissarische 254, 262, 514 f., deren Benutzung in der Hauptverhandlung 526; stellvertretende B. 514 f.; einzelne B. nach geführter Voruntersuchung 511[23], vor der Hauptverhandlung 515[14], Unterbrechung der Hauptverhandlung wegen weiterer B. 537; B. vor dem Eröffnungsbeschluss 197; B. bei Abwesenheit des Beschuldigten 678, im Verfahren gegen abwesende Wehrpflichtflüchtige 677.

**Beweisermittelungsantrag** 528[15].

**Beweisfälligkeit** 329.

**Beweisgrund** 376.

**Beweisinteresse** 79[20].

**Beweislast** 329, 379; im Bussprozess 652.

**Beweismittel 333 ff.**

**Beweisrecht,** formales 375.

**Beweisregeln** 375, im Verfahren gegen abwesende Wehrpflichtflüchtige 678.

**Beweissicherungsakte** in der Voruntersuchung 507.

**Beweisverhandlungen** vor der Hauptverhandlung 150[18].

**Beweiswürdigung 375 ff.**

**Blankett** 19.

**Botenmeister,** Zuständigkeit zur Entgegennahme schriftlicher Parteierklärungen 435.

**Briefe,** Beschlagnahme 169, Verlesung in der Hauptverhandlung 252.

**Bundesratsmitglieder,** Gerichtsbarkeit über 37[17], Vernehmung als Zeugen 348.

**Bussanspruch,** accessorische Natur 650 ff., Verfolgung durch Privat- und Nebenklage 645, 650 ff.
**Bussantrag** 320[34], rechtliche Natur 203 f.; des Verfahrens 210.
**Busse,** Vollstreckung 625.
**Bussklage 650 ff.**
**Bussklagefähigkeit** 652.
**Bussklagerecht,** Tilgung 655.

**Calumnieneid** 60[14].
**causae** arresti 178.
**cautio** judicatum solvi 187[1].
**cautio** judicio sisti 187[1].
**cross** examination 524.

**Dauernde** Verbindung 70[6].
**Defensionaltermin** 281[5].
**Deliktsfähigkeit** 114.
**denunciatio** evangelica 216.
**Denunziation** 472, abschlägiger Bescheid 468[2].
**deputatus** collegii 47[21].
**Deputierter** 47[21].
**Detachierte** Strafkammern 66[7].
**Devolutionsrecht** 177 f.
**Devolutiveffekt** 437, im Wiederaufnahmeverfahren 598.
**Disciplinarbeschwerde** 449.
**Disciplinargewalt,** der Staatsanwaltschaft gegenüber den Polizei- u. s. w. Beamten 131, D gegenüber dem Verteidiger 153.
**Disciplinarprozess** 410[21].
**Disciplinarstrafe** wegen Ungebühr 429[7].
**Dienstaufsicht** 31.
**Dienstbeschwerde** 449.
**Dienstgebäude,** militärische 166[14], 175.
**Dienstvorgesetzte,** Anwesenheit bei der Beratung 265, bei der nicht öffentlichen Sitzung 267.
**dies festi** 302.
**dies nefasti** 302.
**Dispositionsprinzip** 215, 239[2], 247.
**Dispositivurkunde** 250, 251, 342.
**Dolmetscher** 286 f.
**Drohung,** durch D. herbeigeführte Prozesshandlungen 293.
**Druckfehler** 24[2].
**Druckschriften,** Aufnahme von Artikeln in 203.
**Dritte Personen** 342.
**Duldungspflicht** (Strafvollstreckung) 616.
**Durchsuchung 171 ff.,** 164[28]; zur Nachtzeit 173, 302.

**eadem res** 413.
**Editionspflicht** 161 ff.

**Ehemann** der Beschuldigten 154[9]; Rechtsmitteleinlegung 438, Einspruch gegen den Strafbefehl 660[26]; Vernehmung als Zeuge 345.

**Ehefrau** des Beschuldigten, Vernehmung als Zeuge 345.

**Ehescheidung** 12[15], 14.

**Eid**, promissorischer, assertorischer 359; als Mittel der Glaubhaftmachung 321.

**Eidesfähigkeit** 288.

**Eidesformel** 359.

**Eidesleistung** der Schöffen 53, Geschworenen 542, Zeugen 359, Sachverständigen 372; seitens Personen, die der deutschen Sprache nicht mächtig sind 286[18]; landesrechtliche Bestimmungen über den Gebrauch von Beteuerungsformeln 360 (siehe auch „Vereidigung").

**Eidesnorm** 359.

**Eidespflicht** 346, 352.

**Eidesunfähigkeit** 203, 355.

**Eidesunmündigkeit** 355.

**Eidesunreife** 355.

**Eidesverweigerung** 352.

**Einheitlichkeit** und Unteilbarkeit der Staatsanwaltschaft 126 ff.

**Einrede** 15[13], im Bussprozess 653.

**Einsprache** gegen die Urliste 51.

**Einspruch** gegen den Strafbefehl 660.

**Einstellung** des Verfahrens 12, prozessualer Charakter 312; durch die Staatsanwaltschaft im Ermittelungsverfahren 481, durch Gerichtsbeschluss 495; vorläufige 496; Form 425[2]; wegen *res judicata* 419, beim Fehlen von Antrag und Ermächtigung 14, 396, wegen Mangel eines gültigen Prozessverhältnisses 518, durch das Revisionsgericht wegen Mangel einer Prozessvoraussetzung 593, des Privatklageverfahrens wegen Mangel der Privatklagefähigkeit 629, 649, wegen Nichterscheinen des Privatklägers 635, beim Tode des Privatklägers 639, bei Zurücknahme der Privatklage 637, bei fingierter Zurücknahme 637; bezüglich einer unwesentlich erscheinenden Strafthat 278, 494; deren Rechtskraft 423; Beschwerde 499 f.

**Einstellungsurteil** 396 f.; Rechtskraft 411.

**Einwand** gegen die Eröffnung der Voruntersuchung 505, Rechtsmittelcharakter 437.

**Einzelrichter** 64.

**Einziehung** 159 f., in Verbindung mit Freisprechung 396, im objektiven Verfahren 680, der *instrumenta* oder *producta sceleris* 203.

**Einziehungsinteressenten** 681[7a], als Partei im objektiven Verfahren 681, als Nebenpartei 120; Verteidiger 134[2], Wirkung der Nichtzuziehung 270, Rechtskraft 415.

**Elbzollgerichte** 616[18].

**Elsass-Lothringen**, Gerichte 31[2], Staatsanwaltschaft 124[7], Begnadigung 33[11].

**Endurteil** 21[8].

**Entbindung** von der Instanz 378[16].

**Entschädigung** unschuldig Bestrafter **611 f.**, 203.

**Entscheidender** Teil des Urteils 393.

**Entscheidungen**, gerichtliche **380 ff.**, Begriff 310 ff., Bekanntmachung 153, an den Nebenkläger 647, Bekanntmachung der Entscheidungen im Verwaltungs-Straf-

verfahren an die Verwaltungsbehörden und Staatsanwaltschaft 673 f., Anhörung der Parteien 272; abschliessende E. auf die Hauptverhandlung 531, Zeitpunkt 525, E. im Prozessbetriebe, Prozessleitung und Sitzungspolizei 312, Abänderung von Entscheidungen durch das entscheidende Gericht selbst 209.
**Eremodizialverfahren** 520.
**Erfahrungssätze** als Gegenstand des Beweises 316, privates Wissen der Richter von den E. 368[25].
**Ergänzung** eines Urteils 620.
**Ergänzungsgeschworene** 386.
**Ergänzungsrichter** 386.
**Ergänzungsschöffen** 386, 52[18].
**Ergebnisfeststellung** 386.
**Ergreifung** 87 f.; Gerichtsstand der E. 87.
**Erkennender Richter** 62[26].
**Erkenntnis** 380.
**Erklärung** des Handlungswillens 293.
**Ermächtigung 224 ff.,** 14, Zwangsmassregeln bei mangelnder 161, Entscheidung bei mangelnder 384.
**Ermittelungsergebnis** 476.
**Ermittelungsrichter** 470 f.
**Ermittelungsthätigkeit** 310[3], bei Gefahr im Verzuge 129[18], 472.
**Ermittelungsverfahren 468 ff.,** 4, Beweisthätigkeit 330[10].
**Ernstlichkeit** 284.
**Eröffnung** der Untersuchung 101, Begriff 489, 497[8], 505[16], 508, 664.
**Eröffnungsbeschluss** 491 ff., als Prozessvoraussetzung 488, bedingter 290; Zeitpunkt 303, Verlesung in der Hauptverhandlung 517, deren Zeitpunkt 525, Erläuterungen zum E. 525, Zustellung an den Angeklagten 513; E. als Urteilsvoraussetzung 385; Folgen des Nichtvorhandenseins 295; Unabänderlichkeit 427, Wiederaufhebung 500, 518[10], Anfechtbarkeit 498, Ungültigkeit 517 f.; E. bei der Widerklage 643, beim Verfahren nach vorangegangenem Strafbefehl 658.
**Ersatzzustellung** 454.
**Eventualmaxime** 306.
**Exceptio** 216, rei judicatae 409[18].
**Experten,** Expertise 362 ff.
**Exterritoriale,** Begriff, Verfolgbarkeit 37, Edition amtlicher Schriftstücke 163[16], Beschlagnahme bei E. 168, Beschlagnahme von von E. herrührenden Schriftstücken 170[17], Durchsuchung bei E. 172, Zeugnispflicht 346[25].

**Fachbehörde,** prozessuale Stellung der Mitglieder einer F. in der Hauptverhandlung 366.
**Fahnenflüchtige** 607.
**Falsa** demonstratio non nocet 240, 446.
**Fassungsfehler** 404.
**Favor defensionis** 8[6].
**Feiertage** 302, Fristberechnung 304.
**Feldhüter** 132[12].
**Feld- und Forstrügesachen** 75[1].

**Feriensachen**, -Strafkammern, -Senate 302.
**Festnahme** durch die Polizei im Interesse der öffentlichen Sicherheit und Ordnung 194[1].
**Flucht** 132[12].
**Fluchtgefahr** 178.
**Fluchtverdacht** 179.
**Flüchtige** 132.
**Form** der gerichtlichen Entscheidungen 313, der Parteihandlungen 434.
**Formalentscheidung** 312, prozesserledigende 535; Form 419.
**Formalurteil** 380, im schwurgerichtlichen Verfahren 545, im Verfahren nach vorangegangenem amtsrichterlichen Strafbefehl 661.
**Formelle** Entscheidungen 310.
**Forstschutzbeamte** 132[12].
**Fortgesetztes Delikt** 479.
**Forum** connexitatis 90, delicti commissi 81 f., deprehensionis 87 f., domicilii 82 f., reconventionis 91, 643.
**Fragen**, an den Angeklagten, Zeugen und Sachverständige 524; Antrag auf Stellung von F. im schwurgerichtlichen Verfahren 303.
**Fragerecht** des Verteidigers in der Hauptverhandlung 151, bei Beweisverhandlungen vor der Hauptverhandlung 158[18], der Beisitzer, Schöffen und Geschworenen, der Staatsanwaltschaft 524.
**Fragestellung** 544 ff.
**Frauen** als Vertreter des Beschuldigten 141[8], als Verteidiger 155[17].
**Freiheitsstrafe**, nachträgliche Substitution 209.
**Freisprechung 395**, prozessualer Charakter 312, latente 424[36].
**Freiwillige** Herausgabe 161[5].
**Fremde** Sprache, verhandeln in 285.
**Frische That** 174[19].
**Frist 303**, Berechnung 435.
**Führung** der Verteidigung 147.
**Fürstliche** Familie 39.

**Garantieen** der richterlichen Unabhängigkeit 42 ff.
**Gebühren** 458, des Verteidigers 152, der Zeugen 361; Rückgriff der Staatskasse auf den Angeklagten wegen gezahlten G. 152.
**Gefällsstrafverfahren** s. Abgaben.
**Gefahr** im Verzuge 129, Handlungen eines unzuständigen Gerichts 100, Beschlagnahme 174[19].
**Gefährdung** der öffentlichen Ordnung u. s. w. 266, Verhinderung des zuständigen Gerichts wegen G. der öffentlichen Sicherheit 103[14].
**Gefährdungsdelikt**, Erlass von Strafverfügungen 663.
**Gefangene**, entwichene 174[19].
**Gefängnisverwaltung**, Wahrnehmung durch die Gerichte 43.
**Gegenbeweis** 329.
**Gegenstände**, Sicherung der für das Strafverfahren erforderlichen 158. Vorlegung bei der Zeugenvernehmung 354, Herbeischaffung von als Beweismittel dienenden G. 123.
**Gegenüberstellung** 354.

**Gehülfen** der Parteien 123, der Staatsanwaltschaft 130; Handlungsfähigkeit 121.
**Gehör** 530 f.
**Geisteskrankheit** des Richters 284, 294, des Angeklagten 113[8], 284; Verfahren bei G. des Beschuldigten 121[20], vorläufige Einstellung 496, Strafaufschub wegen G. des Verurteilten 618.
**Geisteszustand,** Gutachten über den 371.
**Geistliche,** Vernehmung 351.
**Geldstrafe** gegen einen zur Zeit der Verurteilung bereits Verstorbenen 116; Vollstreckung in den Nachlass 616.
**Gemeindebehörden** Anzeigepflicht bezüglich strafbarer Handlungen 472, Editionspflicht 163[15].
**Gemeindemitglieder,** Zuziehung bei der Beschlagnahme 175; bei der Hinrichtung 622.
**Gemischte** Normen 11.
**Gendarmen** 132[12].
**Generalfragen** 354.
**Generalinquisition** 464.
**Generalstaatsanwalt** 125[14].
**Generalsubstitut** 151[6], [7].
**Generalvollmacht** 138.
**Gericht,** Begriff 25[11], ordentliche G. 29, 686; Stellung 42 ff.; strafprozessuale Stellung 2, Unabhängigkeit 42, Zuständigkeit der ordentlichen G. 6, 15, 16[2], deren Prüfung 97[4], Besetzung 45[3], als Urteilsvoraussetzung 385, äussere Verfassung 62 ff.; untersuchende, urteilende, erkennende, beschliessende G 65, prävenierendes, präveniertes G. 101[8]; Unzugänglichkeit wegen Überschwemmung, Epidemie, Krieg 103[12].
**Gerichtsämter** 44 ff.
**Gerichtsbarkeit 27 ff.**; der Verwaltungsbehörden 30.
**Gerichtsbarkeitskonventionen** bezüglich Begnadigung 33[16].
**Gerichtsbeamte,** Berufung zum Amt 51, Gehalt 51[3], [5].
**Gerichtsbezirk,** Handeln in einem fremden 108, 309.
**Gerichtsferien 302,** Fristberechnung 304.
**Gerichtshof** zur Entscheidung von Kompetenzkonflikten 31[21].
**Gerichtsgewalt** 28[2].
**Gerichtskundigkeit** 325.
**Gerichtspersonen,** die des Deutschen nicht mächtig sind 285.
**Gerichtsschreiber 44 f.,** Ausschliessung und Ablehnung 58, 62, Bestellung zum Verteidiger 143[15], Vernehmung als Zeuge 343; als Dolmetscher 287; Anzahl 70, Verteilung 71[16], bei der Durchsuchung 174[2].
**Gerichtsschreiberei** 47.
**Gerichtssitzung,** Vornahme einer Strafthat in einer 472.
**Gerichtssprache** 285; Mitteilung des Inhalts der Schlussvorträge an einen der G. nicht mächtigen Angeklagten 530.
**Gerichtsstand** 73, Begriff 81, ordentlicher, ausserordentlicher 82[10]; des Thatorts 82, Wohnsitzes, Aufenthalts 85, der Ergreifung 87, des Zusammenhangs 87[8], der Widerklage 91, der Widerklage in Verbindung mit dem G. des Zusammenhanges 93, der Prävention 101; Bedeutung 96 f.; Bestimmung durch das Reichsgericht 88;

Vorhandensein mehrerer G. 101, Kollision 101[1], Vorhandensein mehrerer bei Rückverweisung in die erste Instanz 103[10] [siehe auch Zuständigkeit, sachliche Zuständigkeit].
**Gerichtsstelle** als Ort der Prozesshandlungen 308.
**Gerichtsvollzieher 45 f.,** Ausschliessung 58, 62[29], Stellung 44[2], Anzahl 70; Zustellungen durch den G. 454.
**Gesamtstrafe,** Verurteilung zur 394, Rechtskraft der Einzelstrafen 416, Urteilsformel 397; prozessualer Charakter 209; Ergehen mehrerer rechtskräftiger Urteile ohne Bildung einer G. 621.
**Gesandtschaftspersonal,** ausländisches 37[17].
**Geschäftsirrtum** 283, im Urteil 300, Berichtigung 404[5].
**Geschäftsstunden** 303.
**Geschäftsverteilung 70 ff.,** 31.
**Geschichte** des Strafprozessrechts 688 ff.
**Geschworene** 49 ff., Auswahl 31, 53, Unabhängigkeit 42[12], Stellung 48[1], 55[29], Spruchliste 264[8, 9]; Annahme und Ablehnung 540, durch den Nebenkläger 647; Vereidigung 542, Obmann 562, G., die des Deutschen nicht mächtig sind 286 (siehe auch Schwurgericht).
**Geschworenenbank** 67[17], Bildung 539.
**Gesetz** 16.
**Gesetzgebende** Versammlung, Mitglieder einer deutschen, Verfolgung 13[10], 40, Verpflichtung zum Erscheinen als Zeuge 348.
**Gesetzliche** Fristen 303 f.
**Gesetzlicher** Vertreter des Beschuldigten **153 ff.,** als Nebenpartei 170; Recht, den Verteidiger zu wählen 137 f., Einlegung von Rechtsmitteln 438, der Einspruch gegen den Strafbefehl 660[26]; Strafantragstellung 226 ff.
**Geständnis** 159, 248, als Beweismittel 374; Beweiskraft 377; G. durch den Vertreter 155, Zwang zur Herbeiführung 280; im Wiederaufnahmeverfahren 501[20], im Bussprozess 652.
**Gestellung** eines Zeugen 353, 435.
**Gesuche** 434.
**Gewohnheitsrecht** 16.
**Gift** 368.
**Glaubhaftmachung** 321, Zulässigkeit 332.
**gravamen** 441 f.
**Gründe** 399 f.; Verkündung bei prozesserledigenden Entscheidungen 421, bei laufenden Entscheidungen 426, bei Totalabstimmung mit verschiedener Begründung 388.
**Gutachten** von Behörden 256.

**Haft** 160; Anfechtbarkeit des Beschlusses über 500; Verhängung im Ermittelungsverfahren 470 [siehe auch „Verhaftung"].
**Haftbefehl** 184; bei Antragsdelikten 182, gegen einen in Untersuchungs- oder Strafhaft Sitzenden 181[25]; bei Gefahr im Verzuge 129[18], gegen den in der Hauptverhandlung ausgebliebenen Angeklagten 521, gegen den Angeklagten im Privatklageverfahren 635[8]; Einwirkung von Freisprechung und Verurteilung 181[25], Einstellung 483, 498, zum Zwecke der Strafvollstreckung 622.

**Handlungseinheit** 479

**Handlungsfähigkeit,** prozessuale 120, 121[4]. Mangel bei Prozesshandlungen 294; der Personen, deren Gegenwart in der Hauptverhandlung nötig ist 519.

**Handlungsfrist** 393.

**Hauptfrage** 550.

**Hauptgeschworene** 54.

**Hauptschöffen** 52.

**Hauptverfahren** 511 ff., Allgemeines, Zweck 465 f. Beschluss über die Eröffnung 489 ff., 495. Form der Ablehnung der Eröffnung aus materiellrechtlichen Gründen 419. Zuständigkeit zur Eröffnung 78, 493. Beschwerde gegen Ablehnung 499. Wiederholung des Antrages auf Eröffnung 422[24], 423, 535; Eröffnung des H. im Privatklageverfahren 634, nach vorangangenem Strafbefehl 658, Strafbescheid 670, Strafverfügung 665.

**Hauptverhandlung** 517 ff., Leitung 523. Eröffnung 264. Vorbereitung 511. Protokoll 455 ff.. Beginn 307, Unterbrechung 262, 523. Aussetzung 523, wegen Abwesenheit des Verteidigers 152[11], wegen Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes 537; Beschluss hierüber 527; Fortsetzung 262. Wegfall bei Fortfall von Prozessvoraussetzungen 518. Reihenfolge der Prozesshandlungen in der H. 525; Anwesenheit der notwendigen Personen als Urteilsvoraussetzung 385, des Gerichts 519 f., Gerichtsschreibers 519, der Parteien 271, Staatsanwaltschaft 519 f., Klägers 307, Angeklagten 159, 519 f., bei der H. nach vorangegangenem Strafbefehl 661, Strafverfügung 666, des Verteidigers 146[10], 152 f., 513, 519, 523. Beistandes 156, Vertreters 156, Nebenklägers 646; H. in der Berufungsinstanz 574 f., Anwesenheit des Angeklagten und der Staatsanwaltschaft 579, in der Revisionsinstanz 588, im Privatklageverfahren 634 ff.; vor dem Schöffengericht 538, Schwurgericht 539 ff., im Verwaltungsstrafverfahren 673, im objektiven Verfahren 684.

**Haussuchung** 174, Prozesspolizei bei der H. 433.

**Heilung** von Prozessfehlern und Mängeln des Verfahrens 15 f.

**Heimatlose** 179[14].

**Helgoland,** Geltung von Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz 19[1], 21[1].

**Hinderungsgründe** der Geschworenen 54.

**Hinweis** auf die Bedeutung des Eides 359.

**Hochverrat** 80.

**Hülfsbeamte** der Staatsanwaltschaft 130.

**Hülfsfrage** 550, 554 f.; Antrag auf Stellung einer H. 546.

**Hülfsgeschworene** 54, 546.

**Hülfsorgane,** behördliche 453.

**Hülfspersonen,** richterliche 360.

**Hülfsrichter** 43[12], 68[2], am Reichsgericht 69[25].

**Hülfsschöffen** 52.

**Hülfssenate** 69[25].

**Idealkonkurrenz,** Gegenstand des Verfahrens 205, Strafklagerecht 219.

**Identität** 211; Rechtskraft 412.

**Immutabilitätsprinzip** 215[1].

**Incidentanklage** 488, 475, in der Berufungsinstanz 576.
**Indizien** 318, 332, 375.
**Indizienbeweis,** Begriff 253[17], Verhältnis zum direkten Beweis 250, Beweiskraft 377.
**In dubio pro reo** 123[23], 378.
**Informatio** 216.
**Initiative** der Polizei- u. s. w. Beamten 471.
**Injurien**-Prozess 20[2].
**Inquisitionsprinzip** 239, 247[8].
**Inquisitionsprozess** 245.
**Instanzenzug** 63.
**Instruktionsmaxime, -prinzip** 247 ff., 242[15], 491, Konsequenzen 317, 434, 479, 532, 605.
**Internationales Prozessrecht** 23[9].
**Interpretation** 24.
**Intramuranhinrichtung** 622.
**Inzichten** 318.
**Irrenanstalt,** Unterbringung in einer 371.
**Irrtum** 283 f., als Grund der Nichtigkeit 293.

**Jahresliste** der Schöffen 52, Geschworenen 54.
**Judex commissarius** 515.
**Judex inhabilis** 56.
**Judex** ne eat ultra petita partium 651[6].
**Judex** ne procedat ex officio 240.
**Judex** secundum allegata et probata a partibus judicare debet 247.
**Judex** suspectus 57.
**Judices** facti, juris 366.
**Judici** fit probatio 329.
**Jugendliche,** Zuständigkeit 78; Strafbefehl 257.
**Jura** novit curia 315, 317, 434.
**Juramentum** purgatorium 373.
**Jurisdictio** contentiosa, voluntaria 28.
**Juristische** Gewissheit 376.
**Juristische** Personen, Parteifähigkeit 114[6], Prozessfähigkeit 120[8], im Bussprozess 119.
**Jus** puniendi 1.
**Justizbeamte** als Verteidiger 143.
**Justizverwaltung,** Besorgung durch die Gerichte 31, 43, die Amtsgerichte 75; Zuständigkeit der Bundesstaaten und des Reichs 123.
**Justizverwaltungshandlungen** 281[1]; Öffentlichkeit 264.

**Kabinetsjustiz** 43[8].
**Kammergericht** 68, als Revisionsinstanz 580.
**Kapitöse Fragen** 354.
**Kassation** 592.
**Kautionspflicht** des Privatklägers 632, des Nebenklägers 647.
**Kirchenbücher** 252.
**Klage** 241.
**Klageänderung** 532, Zulässigkeit 479.

**Klageerhebung** durch Antrag auf Voruntersuchung oder Einreichung der Anklageschrift 503, im Verfahren nach vorangegangenem Strafbefehl 660, Strafverfügung 665, Strafbescheid 670, im objektiven Verfahren 683.
**Klageformprinzip** [siehe Anklageformprinzip].
**Klagemonopol** 217, 274, Durchbrechung 672.
**Klagenhäufung** 477, 630.
**Klagenkumulation** 477.
**Klageprüfungsverfahren** 483 f., 276, prozessualer Charakter 242, Verhältnis zum Opportunitätsprinzip 279, zum Klagemonopol 217, Ablehnung des Antrages 419, Rechtskraft 422, Berechtigung des Betreibenden zum Auftreten als Nebenkläger 645.
**Klagerecht** 217 [siehe auch Konsumtion].
**Klagerücknahme** 243, seitens der Staatsanwaltschaft, Verhältnis zum Klageprüfungsverfahren 276[19]; Zulässigkeit 481.
**Kollektivdelikt**, Rechtskraft 413.
**Kollegialgericht** 64.
**Kollusionsgefahr** 178.
**Kolonialgerichte**, Verfahren vor den 686.
**Kommissarische** Beweiserhebung [siehe Beweiserhebung].
**Kompensation**, Zugehörigkeit zur Schuldfrage 206[25]; Urteilstenor 396.
**Kompetenzkonflikt** 104 ff., 6, 30, 481; Gerichtshof zur Entscheidung von K. 31[21] [siehe auch Zuständigkeitsstreit].
**Kompetenzkonkurrenz** 101.
**Konflikt** 41[38], Hauptverhandlung nach erhobenem 519.
**Konfrontation** von Zeugen 354.
**Konklave** 562.
**Konnexität** 89.
**Konsulararchive**, Edition von Schriftstücken 163[16], Beschlagnahme 168[1].
**Konsularsachen** 32[7].
**Konsulargerichte** 19[1], 29, Geltung von Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz 21[1]; Entscheidungen ausserhalb der Hauptverhandlung 65[4]; als ordentliche Gerichte 467; Verfahren vor dem K. 686 ff.
**Konsulargerichtlicher** Prozess 686 ff., 240.
**Konsuln**, Exterritorialität fremder 38, Beschlagnahme gegen 168[1], Durchsuchung bei 172[6].
**Konsumtion** des Klagerechts 408 f., 414 f., des Privatklagerechts 637, des Busklagerechts 655, bei der Zurücknahme der Strafverfügung 665[14], des Strafbescheides 670[13] [siehe auch „Rechtskraft"].
**Kontravention**, Strafbescheid wegen 668.
**Kontumazialverfahren** 520, 675.
**Kontumazialurteil** in der Hauptverhandlung nach vorangegangenem Strafbefehl 661, in der Berufungsinstanz 578.
**Konzentrationsprinzip** 261 f.
**Kopf** des Urteils 402.
**Korrealität** des Privatklagerechts 628.
**Kosten** 458 ff., 204, 583, Beschlagnahme zur Sicherung der K. 676, 678.

**Kostenlast** 458.
**Kostenvorschuss** 486, des Privatklägers 432, Nebenklägers 647[20].
**Körper,** Augenscheinseinnahme am menschlichen 336. Durchsuchung des 173.
**Körperverletzung,** Privatklagefähigkeit 626, Anklagepflicht der Staatsanwaltschaft bei nur auf Antrag erfolgbaren 277.
**Krankenanstalt,** —station, Anrechnung des Aufenthalts in einer K. auf die Strafvollstreckung 623.
**Krankheit** als Strafaufschubsgrund 618.
**Kreuzverhör 524 f.,** 151, 329.
**Kriegsfahrzeuge** 175[7].
**Kriegsgericht** 29[4], 42[4], Zuständigkeit 16[2].
**Kriegsschiffe** 37[17].
**Kriminalpolizei** 130.
**Kriminalprozess** 3[11].
**Kriminalstrafe** wegen Ungebühr 429[7].
**Kurhessen,** Vernehmung von Mitgliedern des Herrscherhauses 255.
**Künstliche** Mehrheit 113.

**Ladung,** Begriff 177, Anordnung, Erlass 428, bedingte 289, durch das Gericht 436, im Privatklageverfahren 634, im Verwaltungsstrafverfahren 673, im Verfahren gegen abwesende Wehrpflichtflüchtige 677; vor Polizei oder Staatsanwaltschaft 177[2]; zum Strafantritt 622.
**Ladungsfrist** 304.
**Laienrichter** 50.
**Landesbehörden** 31.
**Landesgesetzgebung** 46, in der L. enthaltene Präsumtionen 324.
**Landesherr,** Zulässigkeit des Strafrechtsweges 213[60], Beschlagnahme 168[1], Durchsuchung 172, Pflicht zum Erscheinen als Zeuge 348; Vernehmung 255, Eidesleistung 359.
**Landesherrliche** Familien, Gerichtsbarkeit über deren Mitglieder 39, Zeugnispflicht 346[25], Vernehmung 255.
**Landes-Justizverwaltung,** Anordnungen der 19[9].
**Landesstrafrecht,** Verurteilung nach Rechtskraft 417.
**Landesverrat** 80.
**Landgericht,** Verfassung 66, Geschäftsverteilung 70, Zuständigkeit 77 f, Thätigkeit bei der Auswahl der Geschworenen 54.
**Landgerichtsdirektor** 66.
**Landgerichtspräsident** 46[14], 66.
**Landstreicher** 179[14].
**Latenter** Inhalt der Prozesshandlungen 296, L. Freisprechung 666.
**Laufende** Entscheidungen 312, 425, als Abschluss der Hauptverhandlung 537.
**Legalinterpretation** 24.
**Legalitätsprinzip,** 222[1], 274, 471[17], 675, 683[19].
**Legalsektion** 338.
**lege** non distinguente nec nostrum est distinguere 612[8].
**legibus** soluti 38[19].

**Leichenöffnung** 338, Verpflichtung zur Vornahme 367, Zuziehung von Sachverständigen und Ärzten 368.
**Leichenschau** 338.
**Leumundszeuge** 363.
**Leumundszeugnis** 256.
**lex fori** 22[2].
**lex** posterior derogat priori 18.
**Litispendenz** 478.
**locus** regit actum 22[2].
**loci** nefasti 308.
**Lossprechung,** einstweilige 537.

**Mahnverfahren** 655 ff.
**Mandatsverfahren** 655.
**Materialien** 24.
**Materielle** Wahrheit 248.
**Maximen** des Strafprozesses 215 ff.
**Meinungsverschiedenheiten** zwischen Vorsitzendem und Kollegium 47, zwischen Verteidiger und Beschuldigtem 47.
**Meritorische** Entscheidungen 312.
**Mildernde** Umstände 206, 544, 557.
**Militärgericht** 29, Zuständigkeit 15.
**Militärische** Delikte, Strafantrag 223.
**Militärische** Dienstgebäude 166[14], 175.
**Militärpersonen,** Begriff 166[14], Gerichtsbarkeit 38, Stellung zur Straf- und Zwangsgewalt der Gerichte 431, Zeugnispflicht 346[25], Beschlagnahme 168[14], 168[1].
**Minderjährige** als Verteidiger 141[8].
**Minderungsgründe** 206[25].
**Ministeranklage** 29[13].
**Mitbeschuldigte,** Vernehmung als Zeuge 343, Berechtigung zur Nebenklage 645.
**Mitteilung,** öffentliche aus nicht-öffentlichen Gerichtsverhandlungen 267.
**Moniturverfahren** 564 f.
**Motive** 24.
**Mündliche** Verhandlung 385.
**Mündlichkeit** 257 ff.
**Mündlichkeitsprinzip 247 ff.,** beim Gutachten 371.
**Münzverbrechen,** -Vergehen, 368.

**Nacheid** 359.
**Nacheile** 132, 309.
**Nachhaft,** korrektionelle 203.
**Nachtzeit** 302.
**Nassau,** Vernehmung der Mitglieder des N.schen Hauses 255.
**Naturereignis** 305.
**Nebenbeschlüsse** 497, Anfechtbarkeit 500.
**Nebenfrage** 557; Antrag auf Stellung einer 546.

**Nebenklage 644 f.,** Erstreckung auf die Busse 650.
**Nebenkläger 644 f.,** Eintritt des Privatklägers in die Rolle des 633; Auftreten der Verwaltungsbehörde als N. 673 f.; Prozessfähigkeit 122, Vernehmung als Zeuge 343, Benachrichtigung vom Tode des Angeklagten 116[16].
**Nebenparteien** 120. 122[12], 153[1], 646.
**Nebenpersonen,** gerichtliche 44[2].
**Nebenstrafen** 625.
**Ne bis in idem** 408, 409[14], 412, 414[38].
**Neue** Thatsachen 600.
**Nichteinziehungsinteressenten** 681[7a].
**Nichteröffnungsbeschluss** 495.
**Nichterscheinen** der Beteiligten 307, eines Zeugen 346.
**Nichtigkeit** 292 f., des Verfahrens 16[25], bei Nichtzuziehung des Beschuldigten 270; N. des Eröffnungsbeschlusses 499, des Urteils 16[25], 667, des Strafbefehls 657. Vollstreckung nichtiger Urteile 616[20]; Rechtskraft 405[1]; N. des Spruchs der Geschworenen 565 f.
**Niederlegung** eines Schriftstücks an Gerichtsstelle 309.
**Norddeutscher** Bund, dessen Gesetze 18[2].
**Notorietät** 324 ff.
**notorium** 216.
**Notwendige** Verteidigung **138 ff.,** in der höheren Instanz 147, im Wiederaufnahmeverfahren 147, Folgen des Mangels 146[6]; Kosten 458; nicht notwendige Verteidigung 140 [siehe auch „Verteidiger"].

**Obduktion** 338.
**Oberbeschwerde** 452.
**Oberlandesgericht,** Verfassung 68, Geschäftsverteilung 70, Zuständigkeit 79; als Revisionsinstanz 580.
**Oberreichsanwalt,** Anstellung 126, Entscheidung in Zuständigkeitsstreiten 130, als Vorgesetzter bundesstaatlicher Staatsanwaltschaften 128[7].
**Oberstaatsanwalt** 125[14].
**Oberste Dienstbehörde,** 163[15].
**Oberstes Landesgericht** 68[23].
**Objektives** Verfahren 679 ff., 210, Verfolgungspflicht der Staatsanwaltschaft bei fakultativer Einziehung u. s. w. 278; Stellung der Einziehungs- u. s. w. Interessenten 271; Rechtskraft 412.
**Obmann** der Geschworenen 562.
**Officialdelikte** 222.
**Officialmaxime** 215 ff.; Ausnahme 221.
**Officialprinzip** 215, 247[8]; Verhältnis zum Legalitätsprinzip 274, 275.
**Opportunitätsprinzip** 221[1], 274, 277.
**Ordnungsstrafe,** wegen Ungebühr 433, wegen Nichterscheinens eines Zeugen 347. als Massnahme der Prozesspolizei 429, 430; rechtliches Gehör vor der Verhängung 272.
**Ort** der Prozesshandlungen 308 ff.

**Öffentliche Abgaben** und Gefälle, Anklagebefugnis der Verwaltungsbehörde im Verfahren wegen Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Erhebung 274; Verfahren 672 f, Zuständigkeit für die Revision wegen Zuwiderhandlung u. s. w. Ö. A., die in die Reichskasse fliessen 580; Strafbescheid 668 ff.

**Öffentliche Beamte** 41[35]; Strafverfahren gegen sie wegen Amtsüberschreitung 41, Editionspflicht 162, Vernehmung als Zeugen und Sachverständige 344, 345, Auskunftverweigerungsrecht 351, Begutachtungsverweigerungsrecht 370.

**Öffentliche Klage,** [siehe „Klage", „Anklage"].

**Öffentliche Ladung** 675 ff.

**Öffentliche** Ordnung 266.

**Öffentlichkeit 262 ff.,** der Voruntersuchung 261[10], 508, der kommissarischen Beweisaufnahme 516; Ausschliessung der Öffentlichkeit 266; Folgen der Verletzung der Sätze über die Öffentlichkeit 269, 584; Öffnung des Sitzungssaales 525.

**Ordentliche** Gerichte 5, 686 (siehe auch „Gericht").

**Örtliche** Zuständigkeit **80 ff.,** 13, 15[20], 73; Verfahren bei mangelnder 97 f.

**Papiere** 176 f.

**Paritionsordre** 353.

**Parlamentsmitglieder** 213[60].

**Parteibegriff,** materieller, formeller 245.

**Parteieid** 373; im Bussprozess 652.

**Parteien** 110 ff., 117, 373 ff., 245, beim objektiven Verfahren 680; Kenntnis vom Verfahren 271 ff., Recht auf Gehör 272.

**Parteiengleichheit** 8, 112, 119, 270.

**Parteifähigkeit 113 f.,** 13, 120; der Einziehungs- u. s. w. Interessenten 681; Folgen des Mangels 294.

**Parteihandlungen** 434 ff.

**Parteiöffentlichkeit** 271; im Wiederaufnahmeverfahren 605.

**Parteiprozess** 245.

**Patentverletzung** 214.

**Peinliche Gerichtsordnung** 3[11], Karls V. 692.

**Peinliches Verfahren** 3[11].

**per judicem fit probatio** 329.

**Perhorrescenzeid** 60[14].

**Personalfragen** 354.

**Personenstandsregister** 252.

**Pfandzettel** 167[16].

**Phonograph** 340.

**Photographien** 255.

**Plaidoyer** 530, im schwurgerichtlichen Verfahren 559, in der Revisionsinstanz 588.

**Plenum,** des Landgerichts 70[4], der Senate am Reichsgericht 59, 69.
130.

**Polizei,** deren Beamte und Behörden 132, als Gehülfen der Staatsanwaltschaft 113[19], 130, 507; Pflicht zur Verfolgung strafbarer Handlungen 471, Anzeigepflicht 472, selbständige Ermittelungs- u. s. w. Handlungen von Amts wegen 131, 469; Kri-

minalgerichtliche P. 130; Berechtigung zur Verhängung von Strafen 120, 662, zum Erlass von Strafverfügungen 656 f.
**Polizeiaufsicht** 203.
**Polizeidelikte** 663.
**Polizeifähigkeit,** Entscheidung bei mangelnder 384.
**Popularklage** 276.
**Popularklagesystem** 216.
**Postsendungen,** Beschlagnahme 168[4], 169.
**Präjudizialfeststellung** 214.
**Präklusivfristen** 305.
**Präsentationsrecht** 27[1].
**Präsentatum** 454.
**Präsidenten** fremder Republiken 37[17].
**Präsidium** des Landgerichts und Oberlandesgerichts 70.
**Präsumtionen 321 ff.,** 11[6], 113[23], 249, 326; in Landesgesetzen enthaltene 324; Gegenbeweis 330, Verhältnis zur Beweiswürdigung 378.
**praesumtiones** facti, hominis 378.
**Presse,** Mitteilungen über Gerichtsverhandlungen 267, sachliche Zuständigkeit für durch die P. begangene Beleidigungen 76[8], strafbare Handlungen 78.
**Pressvergehen,** Gerichtsstand 84.
**princeps** legibus solutus 39[23].
**Privatdocent** als Verteidiger 141[2].
**Privates** Wissen des Richters 368[25], Verhältnis zur Notorietät 324, Verwertung im Vorverfahren 473.
**Privatgerichtsbarkeit** 27[1].
**Privatklage 626 ff.,** 210; subsidiäre 276[15], Privatklage im w. S. 216, Zulässigkeit 657[9], nach Ablehnung des Antrages im Klageprüfungsverfahren 422; Erhebung 634, durch den gesetzlichen Vertreter 154, Frist zur Erhebung 630, Sühneversuch 630, Armenrecht 632, Zuständigkeit 633, Zurücknahme 8[12], 637, als Wirkung der Nichtleistung der Kaution 632, Beteiligung der Staatsanwaltschaft 632 f., Verfahren bis zur Hauptverhandlung 634; Vorhandensein mehrerer Verletzter 629; Teilbarkeit 630, Beendigung des Verfahrens 637, Vergleich 640 Einstellung wegen Vorliegens eines Staatsklagedelikts 629, Tod des Privatklägers 639, Rechtskraft, Wideraufnahmeverfahren 637, Erstreckung auf die Busse 650; Erhebung der öffentlichen Klage während Schwebens des Privatklageverfahrens 628.
**Privatposten** 169[9].
**Privatstrafe** 20[2].
**Privilegierter** Gerichtsstand 40.
**Privilegierungsgrund** 205.
**probatio** maior, minor, plena, semiplena 375.
**Protokoll** bei fremdsprachlichen Verhandlungen 288; über die Augenscheinseinnahme 337, über die Hauptverhandlung 455, Verlesung in der Hauptverhandlung 253 ff., 341, 527; des Reichstages und der Reichs-Justiz-Kommission 25.
**Prozess 1 ff.,** 6[13].
**Prozessbetrieb** 428.

**Prozesserledigende** Entscheidungen **428 f.**, 311, 380.
**Prozessfähigkeit 120 ff.**, 13; Bedeutung 284.
**Prozessfehler,** Heilung 405[1].
**Prozessgegenstand 202 ff.;** Unteilbarkeit 207, 223[5], im objektiven Verfahren 679, in der Rechtsmittelinstanz 440.
**Prozesshandlungen** 281 ff., richterliche 310; Ort 308, Form 314, rechtsgeschäftlicher Charakter 281, Einteilung 316, Perfektion 309.
**Prozesshauptgesetze** 16.
**Prozesshindernde** Einreden 15[28].
**Prozessleitung 428 f.,** 313.
**Prozessnebengesetze** 16.
**Prozesspartei** 114.
**Prozesspolizei 429;** ausserhalb der Sitzung 433, der Gerichtsstelle 434; der nichtrichterlichen Beamten 434.
**Prozessrecht,** ausländisches 23.
**Prozessual** erhebliche Thatsachen, Beweiserhebung 320.
**Prozessuale** Mängel des Verfahrens 381.
**prozessus** criminalis 3[11].
**Prozessverhältnis** 7 ff.
**Prozessverteidiger** 136[14].
**Prozessvertreter** [siehe „Vertreter"].
**Prozessvoraussetzungen 9 ff.;** der Eröffnungsbeschluss als P. 488; nicht notwendige, verzichtbare P. 15; Verfahren beim Mangel 382 ff.; P. beim polizeilichen Strafverfahren 663, Strafbescheid 669, objektiven Verfahren 682.
**Publikationsbefugnis** 203.
**Publikationstermin** 538.
**Purgation** 540.

**Qualifizierungsgründe** 205.
**Quellen** 16 ff.
**quod** ab initio vitiosum, non potest tractu temporis convalescere 296.
**quod** non est in actis, non est in mundo 258.

**Realcitation** 347, 622.
**Realkonkurrenz** 479[29].
**Recht** des ersten Angriffs 131.
**Rechtfertigung** der Berufung 573, der Revision 586; im Privatklageverfahren 636; seitens des Nebenklägers 647[16], der Verwaltungsbehörde 674.
**Rechtlicher** Gesichtspunkt, Veränderung des; Abbrechen der Hauptverhandlung 537; Hinweis des Angeklagten 532; im schwurgerichtlichen Verfahren 551, in der Berufungsinstanz 575.
**Rechtsanwalt** als Beschuldigter 139[15], als Verteidiger 141 ff., als bestellter Verteidiger 143 f., als Beistand 156[22]; Ungebühr 433; Beschlagnahme gegen R. im ehrengerichtlichen Verfahren 165[6]; Kosten der Zuziehung eines R. 458.
**Rechtsausführungen** 434.
**Rechtsbelehrung** 559 ff.
**Rechtsbeschwerde** 449.

**Rechtsfrage** 543.
**Rechtshängigkeit** 478, Folgen 480, im Privatklageverfahren 634, bei der Widerklage 643; des Bussanspruchs 653; im objektiven Verfahren 683, bei der Strafverfügung 663 ff., dem Strafbescheid 669.
**Rechtshülfe 106 ff.**, 17 [7], 35, bei der Strafvollstreckung 614, beim Strafbescheid 668; Begriff 107, Zuständigkeit 74, 107, Entscheidung von Streitigkeiten 109; Beschwerde über Gewährung oder Nichtgewährung 451, Verhältnis zur Editionspflicht 163 [15]; R. zwischen Staatsanwaltschaft und Gericht 130, zwischen verschiedenen Staatsanwaltschaften 127 [3], 130.
**Rechtshülfegesetz** 107 [1].
**Rechtshülfehandlungen,** Verfahren 22.
**Rechtshülfepflicht** 108.
**Rechtshülfevertrag** 107 [5].
**Rechtskraft 405 ff.,** 16; relative, subjektivrelative, formelle, absolute, beschränkte, unbeschränkte, einseitige 406 f., materielle 408 f., objektiv relative 440; positive, negative Funktion 409; der Entscheidungen von Sondergerichten 410 [21], des Urteils 405 f., von Beschlüssen und Verfügungen 422, laufenden Entscheidungen 427 f., nichtigen 296; Umfang 417, Wirkung 597, bezüglich latenter Qualifikation 383 [15], gegen Anstifter und Gehülfen 415; im Privatklageverfahren 637, im Bussprozess 652, im Einziehungs- u. s. w. Verfahren 684, im objektiven Verfahren 680, bei der Strafverfügung 663, 667, dem Strafbescheid 671, dem Strafbefehl 660, Klageprüfungsverfahren 422; qualitative Zerreissung 425, Durchbrechung der materiellen R. 416; Unteilbarkeit des Verfahrens 208 [33], R. der vor dem 1. X. 1879 erledigten Prozesse 21 [13].
**Rechtskundige,** als Substituten 151 [5]; Bestellung zu Verteidigern 143, 144 [12].
**Rechtslehrer,** als Richter 49, als Verteidiger 141.
**Rechtsmittel 437 ff.,** 202; Begriff 448, 598; Verhältnis zum Anklageformprinzip 245; Verfahren 570 ff., gravamen 441 f.; Einlegung 435, 438, 446 ff.; bedingte 289, doppelte 259; durch den Beschuldigten 119; durch die Staatsanwaltschaft zu Gunsten des Beschuldigten 273, 442, durch die Polizeibehörde im Verfahren nach vorangegangener Strafverfügung 667, durch den Vertreter 135, 158, 438, den gesetzlichen Vertreter 154, Ehemann 438, Beistand 156 [25], Verteidiger 136, 438, die Einziehungs- u. s. w. Interessenten, die für subsidiär haftbar Erklärten 439, den Nebenkläger 647, 648 [25]; gegen ein im Wiederaufnahmeverfahren ergangenes Urteil 610, im Privatklageverfahren 635, im Nebenklageverfahren 649, im Bussprozess 654, objektiven Verfahren 684, Verwaltungsstrafverfahren 673 f.; Absenzverfahren 676, 678; Zurücknahme 299, 438, 447, bedingte 289, durch den Vertreter 135, den Verteidiger 136; Verzicht 447, bedingter 289; Beginn der Unwiderruflichkeit 435; Einlegung mehrerer R. nebeneinander 439; Umfang der Anfechtung 440, 671; Einlegung eines R. bezüglich einer von mehreren Strafsachen in einem Prozess 439, eines von mehreren Beschuldigten 439, Abänderung zu Gunsten des Beschuldigten bei Einlegung seitens der Staatsanwaltschaft 443, seitens der Verwaltungsbehörde 673.
**Rechtsnorm** 581.
**Rechtssätze,** Beweiserhebung über 317 [15].
**Rechtsschutzanspruch** 220.

**Rechtsverhältnisse,** dreiseitige 7, bürgerliche, deren Feststellung 214.
**Recusationsgründe** 57[5].
**Redacteur** 35[2].
**Redactionsversehen** 24[2].
**Referat** 514.
**reformatio** in pejus 443 f., 577. 578, 591, 592[17], 597, 608, 636, 651[6], 661.
**Reichsanwalt** 126.
**Reichsanwaltschaft** 129.
**Reichsgericht,** Verfassung 69, Geschäftsverteilung 71, Zuständigkeit 79, in Konsularsachen 687.
**Reichsgesetzgebung** 16.
**Reichs-Justiz-Kommission,** Protokolle der 25.
**Reichskanzler,** Vernehmung 256, Verpflichtung zum Erscheinen als Zeuge 348.
**Reichsprozessgesetze** 18.
**Reichsstrafprozessgesetze,** zeitliche Herrschaft 19 ff., räumliche 21 ff.
**Reichsstrafprozessrecht** 5.
**Reichstag,** Protokolle des 25.
**Reinigungseid** 373[3].
**Reisekosten** der Schöffen und Geschworenen 50[16], 55, der Mitglieder des Ausschusses zur Wahl der Schöffen 52[12]; der Zeugen 361, Sachverständigen 372.
**Rekursweg** 664.
**res** judicata 13, 409.
**res** judicata jus facit inter partes 414.
**restitutio** in integrum 305 ff.
**restitutio** restitutionis non datur 305.
**revision** 598.
**Revision 580 ff.;** prozessualer Charakter 312, 448; Zulässigkeit 571, 580; Zuständigkeit 79, 80, 580; Verfahren bis zur Hauptverhandlung 585; Einlegung 585 f., Rechtfertigung 586, Verwerfung als unzulässig 587 f., Hauptverhandlung 588 ff.; Entscheidung des Revisionsgerichts 589, 592, über seine Zuständigkeit 587; Entscheidung durch die Vereinigten Strafsenate, das Plenum 591; Zurückverweisung in die untere Instanz 594 f., neue Hauptverhandlung 596; Umfang der Beweisaufnahme durch das untere Gericht 595[27]; Bindung des Untergerichts an die Rechtsauffassung des Revisionsgerichts 597; endgültige Urteilsfällung durch das Revisionsgericht selbst 594, Aufhebung des Urteils zu Gunsten eines von mehreren Angeklagten 592; Verhältnis zur Wiedereinsetzung 586.
**Revisionsanträge** 288.
**Revisionsgrund** 583 f.
**Rheinschiffahrtsgericht** 29; Strafvollstreckung 616[18].
**Richter,** Unabhängigkeit, Stellung 42 ff., Ablehnung und Ausschliessung 56 ff., Vernehmung als Zeuge 343, über die Abstimmung 42[2]; Wegfall eines R. vor der Urteilsfällung 386; Erkrankung eines an der Hauptverhandlung beteiligten 519; Geisteskrankheit 284, 294; R., die der deutschen Sprache nicht mächtig sind 286.
**Richteramt,** Fähigkeit zum 48 f.
**Richterkommissar** 515.
**Richterliche** Fristen 304 f.

**Richterliche** Geschäfte, Fähigkeit zur zeitweiligen Wahrnehmung 43[12], 48[2].
**Richterliche** Handlungen 315 ff.
**Ruhen** des Verfahrens 12.
**Rückfall** 206.
**Rückgriff** der Staatskasse auf den Angeklagten wegen gezahlter Gebühren 152.
**Rügerecht** 15.

**Sachen,** Herausgabe der dem Verletzten durch die Strafthat entzogenen S. 167.
**Sachentscheidung** 312, Form 419.
**Sachkunde** 362 ff.
**Sachkundige** Personen 366.
**Sachliche** Zuständigkeit **72 f.,** 13, Bedeutung 94 ff.; bei Vorliegen eines Zusammenhangs 91 f.; Prorogation 94[2]; Verfahren bei mangelnder 95.
**Sachurteile** 380.
**Sachverständige 362 ff.,** Ablehnung, Ausschliessung, Unfähigkeit 367, Zuziehung durch die Parteien 369, 113[21], 119, Verpflichtung zum Erscheinen und Aussagen 367ff.; Eidespflicht 370; Vereidigung 372; Anwendung von Zwangsmitteln im Ermittelungsverfahren 470, Vernehmung durch den von der Staatsanwaltschaft ersuchten Richter 469[6], Vernehmung bei Abwesenheit des Beschuldigten 676; Ladung zur Hauptverhandlung 513 f; Aufruf 525, Vernehmung 524, Mitteilung der Liste der S. an den Angeklagten 513, Augenscheinseinnahme 338, Akteneinsicht, schriftliches Gutachten, Fragen an Zeugen und Beschuldigten 371, Gutachten über den Geisteszustand 371; Anzahl 368, wiederholte Begutachtung 369; Zuziehung öffentlicher Beamten als S. 369; wahrnehmende, urteilende S. 366[26], Beweiskraft des Gutachtens 377, Anhörung des Angeklagten nach der Vernehmung 272, Gebühren 372.
**Sachverständige** Zeugen 363 ff.
**salvus** conductus 679.
**Schiedsmann** 630[22].
**Schiff,** Gerichtsstand der auf einem S. begangenen strafbaren Handlungen 84.
**Schlichte** Beweisurkunde 251.
**Schluss** der Beweisaufnahme 530.
**Schlussvortrag** 530; des Verteidigers 136, im schwurgerichtlichen Verfahren 559; Zeitpunkt 525.
**Schöffen 50 ff.,** Stellung 48[1], 55[20], Unabhängigkeit 42[12], Auswahl 31, 51 f, Auslosung zu den Sitzungen 53, 264[7], Ablehnung und Ausschliessung 58, 62, mehrfache Berufung zum Schöffenamt 55[31], gleichzeitige Berufung zum Geschworenen 55, Reisekosten 55.
**Schöffengericht,** Geschichte 50[14], Verfassung 65, Zuständigkeit 75, für das Privatklageverfahren 633; Hauptverhandlung vor dem S. 633.
**Schöffensitzungen** 53.
**Schreibfehler** 404[5].
**Schriftliche** Mitteilungen 168.
**Schriftlicher** Verkehr mit dem Gericht, Prozesspolizei 433; zwischen Verteidiger und Beschuldigtem 162[12].
**Schriftlichkeit** 257 ff.

**Schriftstücke,** Beschlagnahme 168; Edition von S. seitens Beamten und Behörden 162; Vorlegung bei der Zeugenvernehmung 354; Übergabe von S. an den zuständigen Beamten seitens der Partei 310.

**Schriftvergleichung** 338, 341.

**Schuldfrage,** Begriff 205, Abstimmung 393.

**Schutzgebiete,** Gerichte in den 29, 467; Verfahren 688 ff.; Geltung von Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz 19[1], 21[1].

**Schwangerschaft,** Strafaufschub wegen 618.

**Schweigebefehl** 267.

**Schweigepflicht** der Richter über die Abstimmung 398.

**Schwurgericht,** Geschichte 50[14], Charakter des Verfahrens 210, Zuständigkeit 78, 634, Verfassung 67, Entscheidungen ausserhalb der Sitzungsperiode 67[19], ausserhalb der Hauptverhandlung 68; beschliessendes Gericht für die Angelegenheiten des S. 539, Ernennung des Vorsitzenden 68, Ausübung der dem Vorsitzenden zugewiesenen Thätigkeit vor dessen Ernennung 67[19], 529, Vorbereitung der Hauptverhandlung 539, Hauptverhandlung 539 ff., Ort 308; Funktionen des Gerichtshofes und der Geschworenenbank 543 f., Parteivorträge an die Geschworenen 559 ff.; Beratung, Abstimmung 562, (siehe auch „Spruch", „Berichtigungsverfahren", „Geschworene").

**Selbstablehnung** 59.

**Selbstmord,** Verdacht des S. des Beschuldigten als Grund der Verhaftung 179; Wirkung auf die gestellte Sicherheit 189[17].

**Sicheres Geleit 191,** 679.

**Sicherheitsbeamte,** Begriff 132.

**Sicherheitsdienst,** Beamte und Behörden des, Pflicht zur Verfolgung strafbarer Handlungen 471; als Hülfsorgane des Untersuchungsrichters 507.

**Sicherheitsleistung** zur Befreiung von der Untersuchungshaft 187 **ff.**

**Sicherungsverfahren** 678.

**Sistierung** 470.

**Sittlichkeit,** Gefährdung der 266.

**Sitzungspolizei 429 ff.,** Entfernung einzelner Personen aus dem Gerichtssaal 268, des Angeklagten 522.

**Sitzungsprotokoll** 455.

**Skrutinialverfahren** 468.

**Sofortige Beschwerde** 453 ff. [siehe auch „Beschwerde"].

**Soldatenstand,** Ladung von aktiven Personen des 353.

**Sondergerichte** 6, 29.

**Sondergesetze** 16[8].

**Sonntag** 302, 304.

**Specialbeeidigung** 542.

**Specialinquisition** 564.

**Sprachgebrauch** 25.

**Spruch** der Geschworenen **564 ff.,** Charakter 314, Kassation 425[8], 567.

**Spruchliste** der Geschworenen 54, Mitteilung an den Angeklagten 539.

**Spruchreife** 385.

**Staat,** als Partei im Strafprozess 111, 117 f., Prozessfähigkeit 122, Vertreter des Staates im Prozess 122, Zuständigkeit der Einzelstaaten 117 f.
**Staatsanwalt, 122 ff.;** St., der der deutschen Sprache nicht kundig ist 286; Verpflichtung zur Verfolgung strafbarer Handlungen 471[17], von nur auf Antrag verfolgbaren 277, beim Absenzverfahren 675.
**Staatsanwaltschaft 123 ff.;** Stellung 270, 272 ff.; Vornahme von Prozesshandlungen im Vorverfahren 469, Teilnahme am Privatklageverfahren 632; beim Widerklageverfahren 643, der Busseklage 651, dem Verwaltungsstrafverfahren 673; als Organ der Strafvollstreckung 613. Benachrichtigung vom Tode des Angeklagten 116, Leitung der Beamten der St. 128.
**Staatsgerichtshof** 29[13].
**Staatssicherheit** 266.
**Standesherren,** Gerichtsbarkeit über 40, Beschlagnahme gegen 168[1], Zeugnispflicht 346[25].
**Standgerichte** 42[4].
**Standrechte** 25[11].
**Stationen** der Staatsanwaltschaft 127.
**Steckbrief** 196 ff.; in der Strafvollstreckung 622.
**Stellvertretung** im Prozess 297 ff.
**Steuerdelikte,** Strafbescheid wegen 668 f.
**Steuergesetze,** sachliche Zuständigkeit 76[8]; Erledigung durch Strafbescheid 668, durch das Verwaltungsstrafverfahren 672.
**Steuerverwaltungsbehörde** als Nebenkläger 645; Recht, Strafbescheide zu erlassen 656 f.
**Stimmenthaltung** 387.
**Stoffvorlage** 434.
**Strafanspruch** 1[2].
**Strafanstaltsbeamte** 132[12].
**Strafantrag 222 ff.;** rechtliche Natur 225, als Prozessvoraussetzung 114[4]; Form 236; bedingter 289; Stellung durch den gesetzlichen Vertreter 155, Zurücknahme 237; durch Zurücknahme der Privatklage 638; Wirkung der Zurücknahme 518; Folgen des Mangels eines Str. 294, Entscheidung beim Mangel 384; Zwangsmassregeln beim Mangel 161.
**Strafantragsfähigkeit** 227.
**Strafantragsfrist** 231 ff., 303[8], Berechnung 304.
**Strafantragsrecht,** Inhalt 229.
**Strafart,** Folgen der Verhängung einer unzulässigen 295.
**Strafaufschubsgründe** 618.
**Strafbefehl 655 ff.,** gegen Jugendliche 257; Form 419 f.; Begründung der richterlichen Überzeugung 332[26]; Rechtskraft 423; Mitteilung an den Beschuldigten von der Ablehnung eines St. 420[13].
**Strafbescheid,** administrativer **668 f.,** 656, rechtlicher Charakter 662; gegen Jugendliche 257.
**Straferhöhungsgründe** 205[21]; im Wiederaufnahmeverfahren 602[24].
**Straffolgen** 625.
**Straffrage** 205.
**Strafgerichtsbarkeit 31 ff.,** 28; = sachliche Zuständigkeit 72[2].
**Strafgerichtsherrlichkeit** 28.

**Strafgerichtsverfassungsrecht** 3.
**Strafgesetz** 533.
**Straf-Justiz-Verwaltung** 123.
**Strafkammer 66 f.,** sachliche Zuständigkeit 77 f., Besetzung in der Hauptverhandlung 66; in der Berufungsinstanz 574.
**Strafklage** [siehe „Klage", „Anklage"].
**Strafklagerecht** 267 [Konsumtion siehe „Rechtskraft"].
**Strafliste** 252.
**Strafminderungsgründe** 205; Wiederaufnahmeverfahren 602[24].
**Strafmündigkeit,** Entscheidung bei mangelnder 384[22] [siehe auch „Alter"].
**Strafpflicht,** überstaatliche 218[15].
**Strafprozess** 2; Unterschied vom Disciplinarprozess 410[21].
**Strafprozesshauptgesetz** 17.
**Strafprozessnebengesetz** 17.
**Strafprozessrecht** 1, 3.
**Strafprozessrechtsverhältnis** 7.
**Strafrecht,** im objektiven, subjektiven Sinne 1; materielles, formelles 9.
**Strafrechtspflege** 28[5].
**Strafrechtsweg** 213.
**Strafsache** 6, 13.
**Strafsenate** am Oberlandesgericht 68, am Reichsgericht 69.
**Strafverbüssung** 613.
**Strafverfahren** 5.
**Strafverfügung,** polizeiliche **662 ff.,** 656, gegen Jugendliche 257.
**Strafverschärfung,** Folgen unzulässiger 295.
**Strafvollstreckung 613 ff.,** 3; von vor dem 1. Oktober 1879 erkannten Strafen 21, ausländischer Urteile 22, Beteiligung ausserdeutscher Gerichte 615, Rechtshülfe 614; als Folge der Rechtskraft 407, als Teil der Justizverwaltung 31, 613, als Thätigkeit der Staatsanwaltschaft 123; St. bei nichtigen Urteilen 616[20], während des Wiederaufnahmeverfahrens 598, 606, 616[19], nach Einreichung eines Gesuchs um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand 306; partielle, separate St. 617; gerichtliche Entscheidung während der St. 620; St. einzelner Strafarten 622, in den Nachlass 201, 624; Sicherung 618, im Absenzverfahren 676, 678, St. der vom Reichsgericht erkannten Strafen 32[4].
**Strafvollstreckungsorgan** 613.
**Strafvollzug** 614.
**Strafurteil,** Verlesung 252.
**Streitgenossen** beim Privatklageverfahren 628 [siehe auch Klagehäufung].
**Streitige** Gerichtsbarkeit 28 f.
**Stumme,** Prinzip der Mündlichkeit 260; Verteidigung 140; Vereidigung 359.
**Stunden** des Tages 303.
**Subjektive** Kompetenz 81[4].
**Subjektives** Verfahren 680[5].
**Submissions**-Verfahren 669[5].
**Subsidiäre** Haftbarkeit Dritter 203; deren Stellung als Nebenpartei 120; beim Strafbescheid 668.

**Substitut** 142[8].
**Substitution,** nachträgliche, einer Freiheitsstrafe an Stelle der Geldstrafe 620.
**Substitutionsrecht** bei der Staatsanwaltschaft 127; Verteidiger 127[5], 151.
**Succession** an die Stelle des Beschuldigten 480.
**Suggestivfragen** 254.
**Summarisches** Verfahren 466, Begriff 655, Zulässigkeit 488, Form der Anklage 475.
**Sühnebehörde,** Vergleich vor der 301 f.
**Sühneversuch** 630, 642.
**Suspension** der Rechtskraft 407.
**Suspensiveffekt** 438, der Beschwerde 451 f., des Wiederaufnahmeverfahrens 598.

**Tagfahrten** 307.
**Taube,** Verteidigung 140.
**Taubstumme** 284; 558.
**Taxe** der Verteidigung 152[9].
**Teilnehmer** 344.
**Telegramm** Begriff 169[10], Beschlagnahme 169; Einlegung von Rechtsmitteln durch T. 446[2], Erteilung der Vollmacht 137[5], Beschlagnahme von T. 169.
**tergiversatio** 216.
**Termine** 307.
**Terminologie** 25.
**terminus** a quo, ad quem, in quo 307.
**Territorialprinzip** 22.
**Testament,** Edition 163[15].
**testes** classici 375, de auditu 250 ff.
**testis** idoneus, inhabilis 345.
**Textkritik** 24[2].
**Thatfrage** 543.
**Thatsachen** als Gegenstand des Beweises 317 ff., notorische 324, allgemeinkundige 325, gerichtskundige 325.
**Tiere,** Sicherstellung von als Beweismittel dienenden 161[3].
**Tod** des Angeklagten vor oder nach Anklageerhebung 116, nach oder während der Hauptverhandlung 531, Wiederaufnahmeverfahren 599, 602 f.; T. des Verurteilten, Vollstreckung einer Geldstrafe 616; des Privatklägers 639, Nebenklägers 649, Bussklägers 655; Wirkung des T. des Angeklagten, Privat- und Nebenklägers auf die Rechtskraft 405[2], eines Richters 531.
**Todesurteil,** Vollstreckbarkeit 620, Bestätigung 406.
**tortura** spiritualis 373.
**Totalabstimmung** 387.
**Trennung** verbundener Strafsachen 523; von Justiz und Verwaltung 42.
**Truppenkörper,** fremde 37[17].

**Unbedingter** Revisionsgrund 584.
**Unbekannt,** Ermittelungen gegen 468, Voruntersuchung gegen 501.
**Unbrauchbarmachung,** objektives Verfahren 680; in Verbindung mit Freisprechung 396; Vollstreckung 625.

**Unbrauchbarmachungsinteressenten** 681; Wirkung der Nichtzuziehung 270.
**Unfähigkeit** zum Richteramt 49, Schöffen und Geschworene 52 ff.
**Ungebühr** 432; Beschwerde gegen Ordnungsstrafe wegen 451.
**Ungehorsam,** Prozesspolizei 431.
**Ungehorsamsverfahren,** bayrisches 21[8].
**Universitätsgericht** 13[29].
**Unlauterer** Wettbewerb 277.
**Unmittelbarkeit 249 ff.,** bezüglich prozessual erheblicher Thatsachen 320, beim Urkundenbeweis 342, Zeugenvernehmung 342, Gutachten 371, der Beweisaufnahme in der Berufungsinstanz 575.
**Unteilbarkeit** des Strafantrages 230; des Prozessgegenstandes 207 ff., 223[5]; im objektiven Verfahren 679, in der Rechtsmittelinstanz 440.
**Untersuchung,** Begriff 170[20] [siehe auch Eröffnung].
**Untersuchungsakten** 166[13].
**Untersuchungshaft,** Vollzug 185 f., Befreiung von der U. gegen Sicherheitsleistung 186; Anordnung über U. bei Erlass des Eröffnungsbeschlusses 498; Ende durch Zeitablauf 498, Sonderbeschluss über U. 498, Anrechnung auf die Freiheitsstrafe 622.
**Untersuchungshandlungen** 100[23], 131[9], 310.
**Untersuchungsprinzip** 239.
**Untersuchungsrichter** 66, am Reichsgericht 69; Zuständigkeit 78; Form der Anordnungen 425[2], Handlungen von Amts wegen 508.
**Unterbeamte** der Staatsanwaltschaft 125[17].
**Unterbringung** des Angeklagten in eine Erziehungsanstalt u. s. w. 403.
**Unterschrift** des Urteils 402, 295[37].
**Unterwerfungsverfahren** 669[5].
**Unwiderruflichkeit** 435.
**Unzurechnungsfähigkeit** 114.
**Unzuständigkeit** 294, Entscheidung auf den Einwand der U. 535.
**Unzuständigkeitserklärung** des Gerichts 312, Form 425.
**Urkunde** 340, berichtende 250 f., als Objekt der Beweisaufnahme 339, Beweiskraft 377.
**Urliste** der Schöffen 51, der Geschworenen 53.
**Urteil 380 ff.,** 314, rechtliche Natur 455[8], Anwendungsgebiet 314, 419, 535, 609; Zustandekommen 385 f., Inhalt 393 f., Form 288, bei Verurteilung, abweichend vom Eröffnungsbeschluss 395, Fassung 397, Beurkundung 311, Mangel der Unterschrift 295, Berichtigung, Ergänzung 404, Abänderung 299, 403, Rechtskraft 405 f., Bestätigung 406, Bekanntmachung 403, öffentliche 657[7]; im Wiederaufnahmeverfahren 609, Zustellung 403, an die Einziehungs- u. s. w. Interessenten 684, des auf Unterbringung in eine Besserungsanstalt u. s. w. lautenden Urteils 154; bei Einlegung der Berufung 573, der Revision 586; Bekanntmachung von Staatswegen 204; bedingtes U. 290, 295, 394[9]; nichtiges U. 115[10], 292 ff., erzwungenes 293, alternatives 290, perplexes 293.
**Urteilseingang** 402.
**Urteilsfällung,** Zeitpunkt 262.
**Urteilsformel** 393, Folgen der Mangelhaftigkeit 295.
**Urteilsgründe** 393, Rechtskraft 418, Inhalt, schriftliche Feststellung 398.

**Urteilstenor** 393.
**Urteilsurkunde** 399, im schwurgerichtlichen Verfahren 570, Berichtigung 404, Verkündung 406, 295.
**Urteilsvoraussetzung** 14, 381[6], besondere, spezifische 385.

**Überführungsstücke** 148[8].
**Übergangsverfahren** 488.
**Übernahme** des Verfahrens seitens der Staatsanwaltschaft 648.
**Übersetzer** 286.
**Überweisung** an das Schöffengericht 77, Verfahren 494, Rücknahme 77[12], 427; Ü. Jugendlicher an eine Besserungsanstalt u s w. 396.
**Überweisungssachen** 494.

**Väterliche Gewalt** 154[8].
**Verantwortliche** Vernehmung 473.
**Verbalcitation** 622.
**Verbindung** von Strafsachen 523.
**Verdachtsstrafe** 378[16].
**Verdikt** s. Spruch.
**Vereidigung** der Zeugen, Zeitpunkt 360; V. im Ermittelungsverfahren 470, bei der kommissarischen Vernehmung 516, im Wiederaufnahmeverfahren 605, Sicherungsverfahren 678; Unzulässigkeit 352; V. der zur Eidesverweigerung Berechtigten 358, der Mitbeschuldigten und Teilnehmer 341; Verzicht auf die Vereidigung 140[22] [siehe auch „Eidesleistung"].
**Verein,** Schliessung im Wege des Strafprozesses 204.
**Vereinigte** Strafsenate 69, 591.
**Verfahren 464 ff.,** Begriff 4, Ziel und Gegenstand 201 f., besondere Arten des V. 467, V. mit Voruntersuchung 501 f., ohne Voruntersuchung 468.
**Verfängliche** Fragen 354.
**Verfolgungsverjährung** 219.
**Verfügungen** 418 f. [siehe auch „Entscheidungen"].
**Vergiftung** 368.
**Vergleich** über prozessuale Rechte 301; im Privatklageverfahren 640.
**Verhaftung** 177 ff.; vor der Klageerhebung 183; bei Nachtzeit 185[20], Aufhebung 182, Vernehmung des Beschuldigten 185 [siehe auch „Haft", „Untersuchungshaft"].
**Verhandlungsmaxime** 247.
**Verhinderung** des zuständigen Gerichts 103 f.
**Verjährung** 11[9]; Zugehörigkeit zur Straffrage 206; Unterbrechung 297[17], 470, durch Strafbescheid und Strafverfügung 669[9]; im schwurgerichtlichen Verfahren 554, 569; V. der Strafvollstreckung 619.
**Verkehrsdolmetscher** 287; prozessuale Stellung 366.
**Verkündung** von Entscheidungen u s. w. 253, 266 f.; V. abschliessender Entscheidungen als Teil der Hauptverhandlung 538; V. prozesserledigender Entscheidungen 421; des Urteils 267, 398.
**Verlesung** von Protokollen in der Hauptverhandlung 251, 253 ff., 341, 527, der Protokolle über die Obduktion 338, über die frühere Aussage eines seine

Aussage verweigernden Zeugen 328, von Urkunden 341, bezüglich prozessualer Thatsachen 320, von Auszügen aus Kirchenbüchern und Personenstandsregistern 252, Leumundszeugnissen 256, Gutachten von Behörden 256, Strafurteilen und Straflisten 252, des Strafbefehls in der Hauptverhandlung 661, des Protokolls über die Hauptverhandlung in der Berufungsinstanz 256, von Schriftstücken in der Berufungsinstanz 575, des revisionsgerichtlichen Urteils in der erneuten Hauptverhandlung, des Urteils in der Revisionsinstanz 257; Anhörung des Angeklagten 272.

**Verletzter,** 25[11], 167[17]; Recht, Strafantrag zu stellen 225, das Klageprüfungsverfahren herbeizuführen 484; Zeugnisfähigkeit 345.

**Verletzungsdelikt,** Erlass von Strafverfügungen 663.

**Vermögensbeschlagnahme** [siehe Beschlagnahme].

**Vernehmungen** auf Anordnung der Polizei 131; Entfernung des Angeklagten aus dem Sitzungszimmer während einer V. 522.

**Vernichtung** eines Urteils 592.

**Verpflichtungsunfähigkeit** des Beschuldigten 152[9].

**Versäumnisurteil** in der Berufungsinstanz 578, im Verfahren mit Strafbefehl 662.

**Verschleppung** 332.

**Verschwender** 154.

**Vertagung** 136.

**Verteidiger 133 ff.;** Fähigkeit 141, Thätigkeit 147 ff., Ablehnung durch das Gericht 141; im Sicherungsverfahren 678, im Verfahren mit Strafbefehl 661, Strafverfügung 666, im Absenzverfahren 676; Meinungsverschiedenheiten zwischen V. und Beschuldigtem 136; Ungebühr 433; Teilnahme am Verfahren vor der Anklage 145; Recht der Gegenwart bei Untersuchungshandlungen 149; Ladung und Benachrichtigung von Terminen 153; Ladung zur Hauptverhandlung 523, Anwesenheit in dieser 146[10], 152 f, 523, Recht der Antragstellung, der Ladung von Zeugen und Sachverständigen, Rechtsmitteleinlegung 119, Vertagung zu beantragen 136, Verkehr mit dem Beschuldigten 149; Editionspflicht bezüglich schriftlichen Verkehrs mit diesem 162[12], Beschlagnahme 117[17], Vernehmung als Zeuge 141[5], 142, 344, Benachrichtigung vom Tode des Angeklagten 116[16] [siehe auch „bestellter Verteidiger", „notwendige Verteidigung", „Wahlverteidiger"].

**Verteidigung 133 ff.,** Beginn und Ende 144 ff., ohne Auftrag 138[6], gemeinschaftliche 140 f, mehrfache 140, materielle, formelle 134[1].

**Verteidigungsverhältnis,** Begründung 137.

**Verträge,** bundesstaatliche bezüglich örtlicher Zuständigkeit 32[6].

**Vertreter** des Beschuldigten **155 ff.;** Wahl 122; des Nebenklägers 122, Privatklägers 634, der Parteien in der Hauptverhandlung im Privatklageverfahren 634; im Absenzverfahren 676, im Verfahren mit Strafbefehl 661, Strafverfügung 666, in der Berufungsinstanz 579; Recht des V., Bestellung eines Verteidigers zu beantragen 138[9]; V. der Gerichtsmitglieder, des Vorsitzenden, Präsidenten 71.

**Verurteilter** 118.

**Verurteilung 394.,** 312.

**Verwahrung** des Beschuldigten 178[4], der Beweismittel 161.

**Verwaltung,** Unfähigkeit zur Beschäftigung in Zweigen der V. 202.

**Verwaltungsbehörden,** Gerichtsbarkeit 30; Klage der V. 274, 672.
**Verwaltungsstrafklage 672 ff.;** Verfolgungspflicht der Staatsanwaltschaft 278.
**Verwaltungsverfahren,** vorherige Entscheidung im, Wirkung auf den Beweis 327.
**Verweis** 625.
**Verweisung** 499.
**Verwerfung** eines Rechtsmittels 592, des Einspruchs gegen den Strafbefehl 661.
**Verzicht** 300, auf den Einspruch gegen den Strafbefehl 660.
**vis maior** 305.
**Volksöffentlichkeit** 262.
**Vollmacht** des Verteidigers 138; telegraphische 137[5].
**Vollstreckungsgegner** 616.
**Vollstreckungsverjährung** 619.
**Vorbehaltsurteil** 417.
**Vorbereitendes** Verfahren 468.
**Vorbereitung** der öffentlichen Klage 4; der Hauptverhandlung 511 ff.
**Vorbereitungsdienst;** Anwesenheit im V. stehender Juristen bei der Beratung 386[1].
**Voreid** 359.
**Vorentscheidung** 14.
**Vorführung** des ausgebliebenen Angeklagten 196[19], 521, bedingte Anordnung 289, des in Haft befindlichen Angeklagten zur Hauptverhandlung 513, des Angeklagten im Privatklageverfahren 635, eines Zeugen 347.
**Vorführungsbefehl** 473, zum Zwecke der Strafvollstreckung 622.
**Vorhaltung** des Inhalts einer Urkunde 342.
**Vorläufige** Festnahme 194 f, auf Anordnung der Polizei 131.
**Vorlegung** von Gegenständen u. s. w. bei der Zeugenvernehmung 354.
**Vorprozess,** Feststellung im, Wirkung auf den Beweis 326 f.
**Vorprüfungsverfahren** 276.
**Vorschlagsliste** 54.
**Vorsitzender** 46.
**Voruntersuchung 501 ff.,** Entscheidung über den Antrag auf V. bei Unzulässigkeit der Strafverfolgung 419, Wiederholung des Antrages auf V. 422; Eröffnung der V. 497, 505, Grenzen der V. 507, „Ausdehnung" 508, Ergänzung 511, Schluss 509, Gang im einzelnen 507; Auftauchen des Verdachts einer anderen strafbaren Handlung 472, Anhörung des Angeklagten vor der Beschlussfassung 504; Anfechtbarkeit der Eröffnung 505 f, der Einstellung 511; Protokoll, Gerichtsschreiber 508, Öffentlichkeit 508, Parteiöffentlichkeit 509, Akteneinsicht 509, Entscheidung auf die geführte V.-U. 509, im Falle der Verbindung 94, Ladung von Sachverständigen durch den Angeklagten 436; Verfahren bei Aufhebung des Urteils durch das Revisionsgericht wegen Mangels der V. 597.
**Vorverfahren 468 ff.,** 465, Begriff 489, Schriftlichkeit 260, Öffentlichkeit 264, Anwesenheit der Parteien 271.
**Votum** 514.

**Waffengleichheit** 8, 112, 270.
**Wahlgeheimnis** 334[9].
**Wahlverteidiger** 137, Wahl durch den Beschuldigten 122, dessen Vertreter 122[14], die Angehörigen des abwesenden Beschuldigten 138.

**Wahrnehmungsobjekte** 335.
**Wahrspruch** s. Spruch.
**Wechsel** der Parteien 8.
**Wehrpflichtflüchtige,** Verfahren gegen abwesende **677**, Mittelbarkeit des Verfahrens 257, Beweiswürdigung 378, 380.
**Weitere** Beschwerde 452.
**Widerklage** 641 f., gegen den Nebenkläger 648[23].
**Widerruf** 299; Klage auf W. 20[2].
**Wiederaufnahme** eines Verfahrens **597 ff.**, 448[14], Verhältnis zur Rechtskraft 416, Zulässigkeit 598 ff., 660, beim objektiven Verfahren 686, Namhaftmachung der Beweisthemata und Beweismittel 330; Verfahren bis zum Wiedereröffnungsbeschluss 604, Entscheidung ohne W. der Hauptverhandlung 609, Schriftlichkeit 261, Umfang der Beweisaufnahme 203[10]; Rechtsmittel 610, Strafvollstreckung während des W.-Verfahrens 616[19]; W. bei Vorliegen von Urteilen aus mehreren Instanzen 603, nach dem Tode des Angeklagten 201, in vor dem 1. Oktober 1879 anhängig gewordenen Sachen 21[20], in Konsularsachen 16[25], im Privatklageverfahren 637.
**Wiederaufnahmeantrag** 602 f., des gesetzlichen Vertreters 154, des Nebenklägers 647; Ablehnung als unzulässig 419; Wiederholung 422[24], 605.
**Wiederaufnahmeeröffnung** 604.
**Wiederaufnahmeeröffnungsbeschluss** 604 f.
**Wiederaufnahmegericht** 603.
**Wiederaufnahmegründe** 599 f.
**Wiederaufnahmehauptverfahren** 607 f.
**Wiederaufnahmehauptverhandlung** 607 f.
**Wiedereinsetzung** in den vorigen Stand **305**, 403, 437, auf Antrag des Verteidigers 137[19], des gesetzlichen Vertreters 154[9], Form für Gewährung oder Versagung 425[3]; W. wegen Terminsversäumung 308, 521, W. beim Zusammentreffen mit Berufung 573[11], mit Revision 586, gegen ein Urteil in der Berufungsinstanz 580, in der Berufungsinstanz im Privatklageverfahren 636; gegen die fingierte Zurücknahme der Privatklage 639, im Absenzverfahren 676, 678.
**Wiedereintritt** in die Beweisaufnahme 530.
**Wiedereröffnungsbeschluss** 606.
**Wille,** Mangel des, 283, 293.
**Wirkliche** Entscheidungen 310.
**Wo** kein Kläger, da kein Richter 240.
**Wohnsitz** 86.
**Wohnung,** Betreten der 175[5].

**Zeichnungen,** Vorlegung bei der Zeugenvernehmung 272, 354.
**Zeitbestimmungen** 302 ff.
**Zeitpunkt** der Prozesshandlungen 303.
**Zeuge 342 ff.**; Grenze zwischen Z. und Sachverständigen 362 ff., 367[29]; als Beistand 157[28]; Beweiskraft 377; Recht des Beschuldigten, seine Z. zu bringen 113[21]; Ladung 353, zur Hauptverhandlung 513 f.; Entbindung vom Erscheinen 353; Aufruf 525, Entlassung 524; Anwendung von Zwangsmitteln 470
**Zeugeneid,** Verweigerung des 352.

**Zeugengebühren** 361 f.
**Zeugenliste** 513.
**Zeugenvereidigung** 355; bei mehreren Vernehmung 361; Berufung auf den Diensteid 360.
**Zeugenvernehmung** 354; prozessualer Charakter 313; durch die Staatsanwaltschaft 469; Z. der Urkundspersonen bezüglich des Inhalts von Protokollen 341; Vorlegung von Zeichnungen bei der Z. 272, 354; Anhörung der Angeklagten 272; Vernehmung in Abwesenheit des Beschuldigten 678.
**Zeugnisse** von Behörden, Verlesung in der Hauptverhandlung 256.
**Zeugnisfähigkeit** 345.
**Zeugnispflicht** 346 ff.
**Zeugnisverweigerung** 328.
**Zeugnisverweigerungsrecht** 349, der Mitbeschuldigten und Teilnehmer 344.
**Zolldelikte** 668 f.
**Zollstrafprozess** **672 ff.** 656; Charakter des Verfahrens 210, Zuständigkeit 76[8]; Auftreten der Verwaltungsbehörde als Nebenkläger in 645, 672.
**Zufall** 305.
**Zuhörer,** Entfernung der. 431.
**Zulassungsbeschluss** im Wiederaufnahmeverfahren 605.
**Zurechnungsfähigkeit** 113.
**Zurückverweisung** in die untere Instanz 314, Form 425.
**Zusammenhang** **88 ff.,** 25[11], 477; bei Zuständigkeit verschiedener Gerichte 30[15], 92; Anklage 477.
**Zusatzanklage** 475
**Zusatzfrage** 557.
**Zuständigkeit** 25; funktionelle 74, abgeleitete, delegierte 76, Verfahren bei mangelnder 381 ff., beim Strafbefehl 661 [siehe auch „Gerichtsstand", „sachliche", „örtliche Zuständigkeit"].
**Zuständigkeitserklärung** 312.
**Zuständigkeitsstreitigkeiten** 6, zwischen ordentlichen und besonderen Gerichten, ordentlichen Gerichten und Verwaltungsbehörden 30, zwischen verschiedenen Staatsanwaltschaften 130 [siehe auch „Kompetenzkonflikt"].
**Zustellung** **453 ff.;** 153; öffentliche 454; durch die Staatsanwaltschaft 123; des Urteils 403, prozesserledigender Entscheidungen 421, laufender Entscheidungen 426; im Auslande 23[10], an Sonn- und Feiertagen, zur Nachtzeit 302, im Privatklageverfahren 632[29], im Nebenklageverfahren 647[15].
**Zustellungsbevollmächtigter** 187.
**Zustellungsurkunde** 454.
**Zwangshaft** zur Erzwingung der Edition 162[13], gegen Zeugen 348.
**Zwangshandlungen** 132[3], 310[3].
**Zwangsmassregeln** 158 ff., als Massnahmen der Prozesspolizei 429 f., deren Vollstreckung 433[25], gegen Zeugen, Sachverständige 132, 310[3].
**Zwischenbeschluss** 497, Anfechtbarkeit 500.
**Zwischenfrist** 303 f.
**Zwischenurteil** 314, Spruch der Geschworenen als Z. 567[1].
**Zwischenverfahren** **488 f.,** 512.



GEBRÜDER BÖHM, KATTOWITZ O.-S.




Digitized by Google